

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
Cattedra di Diritto e Regolazione dei Contratti pubblici

**GLI APPALTI VERDI NELLE ESPERIENZE REALIZZATE E NELLE
DISPOSIZIONI DELLE NUOVE DIRETTIVE COMUNITARIE**

RELATORE
Chiar.mo Prof.
Alessandro Botto

CANDIDATO
Lorenzo Bimbi
Matr.105123

CORRELATORE
Chiar.mo Prof.
Giuliano Fonderico

ANNO ACCADEMICO 2014/2015

Indice

INTRODUZIONE

CAPITOLO I

Appalti verdi e sviluppo sostenibile

<i>1. Lo sviluppo sostenibile</i>	7
<i>2. P.a. e appalti verdi</i>	13
<i>3. L'evoluzione del dibattito comunitario</i>	16
<i>4. Il contributo della giurisprudenza</i>	23

CAPITOLO II

Le direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE e il Codice dei contratti pubblici.

Le esperienze realizzate

<i>1. Le direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE</i>	30
<i>2. L'integrazione delle istanze ambientali nella disciplina sui contratti pubblici nelle direttive del 2004 e nel Codice dei contratti pubblici</i>	35
a) Le disposizioni di principio	35
b) Le disposizioni puntuali	39
- L'oggetto del contratto e le specifiche tecniche	
- La valutazione dei candidati: le ipotesi di esclusione	
- La valutazione dei candidati: i requisiti di capacità tecnica	
- La valutazione delle offerte e l'aggiudicazione dell'appalto	
- La fase dell'esecuzione	

3. <i>Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale sulle previsioni verdi degli appalti</i>	61
4. <i>Il Piano di Azione Nazionale per il Green public procurement e i criteri ambientali minimi</i>	69
a) Il PAN GPP	70
b) I criteri ambientali minimi	74
c) Gli acquisti verdi attraverso Consip. Qualche dato	78
5. <i>Politiche verdi nei contratti pubblici degli enti locali</i>	81

CAPITOLO III

Le nuove direttive comunitarie del 2014

1. <i>Premessa</i>	90
2. <i>I principi di fondo della revisione comunitaria</i>	93
a) “Appalti pubblici per un ambiente migliore” COM (2008) 400 della Commissione	93
b) L’Europa al tempo della crisi. Europa 2020	97
c) L’Atto per il mercato unico I “Dodici leve” – L’Atto per il mercato unico II	103
d) Il Libro verde sulla modernizzazione della politica dell’UE in materia di appalti	108
- Come acquistare	
- Che cosa acquistare	
- Innovazione	
3. <i>Gli obiettivi e le nuove misure introdotte dalle direttive del 2014</i>	123
4. <i>La direttiva 2014/24/UE e gli appalti verdi</i>	130
a) Le disposizioni “indirettamente legate” agli appalti verdi	131
b) Le disposizioni sugli appalti verdi	140
- La clausola orizzontale dell’art. 18, par. 2 della direttiva 24	
- Specifiche tecniche	
- Criteri di aggiudicazione	
- Costo del ciclo di vita	

<i>5. La direttiva 2014/23/UE sulle concessioni</i>	167
a) La direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.....	168
b) Uso strategico dei contratti di concessione	172
<i>6. Lo stato del recepimento in Italia e in altri paesi UE</i>	175
a) In Italia.....	175
b) Negli altri paesi	179

VALUTAZIONI CONCLUSIVE

LE FONTI

Introduzione

Con l'espressione appalti verdi, o *green public procurement* (GPP), si indica l'insieme degli strumenti giuridici attraverso cui le istanze ambientali trovano progressivo riconoscimento nella contrattualistica pubblica.

La natura essenzialmente economica della regolazione degli appalti pubblici ha progressivamente ceduto il passo a un'ottica che tenga conto e integri al suo interno considerazioni di altro genere, come ad esempio quelle ambientali. Questa evoluzione può essere compresa fino a fondo soltanto avendo ben presente il concetto e il principio di sviluppo sostenibile, dalla sua nascita fino ad oggi.

Sarà questo il filo conduttore di tutto il presente lavoro.

Sullo sfondo dell'evoluzione del principio dello sviluppo sostenibile, inteso come il mezzo per *“soddisfare i bisogni delle generazioni presenti, senza compromettere le possibilità per le generazioni future di soddisfare i propri”*, secondo la nota definizione del Rapporto Brundtland del 1987, c'è, e corre di pari passo, l'evoluzione della Comunità europea da una comunità essenzialmente economica, a una comunità politica e sociale. Quest'ultima è condizione necessaria e imprescindibile perché si possa guardare ad istanze sociali da integrare nella regolazione dell'economia in senso lato, considerando la crescita economica apprezzabile solo se comporta un miglioramento della qualità dell'ambiente, della vita, della salute e qualora garantisca un uso razionale delle risorse disponibili.

Partendo dallo sviluppo sostenibile quindi, analizzeremo l'evoluzione del dibattito comunitario in materia di appalti verdi, entrando nei dettagli dei riconoscimenti legislativi sia a livello comunitario che a livello nazionale, fino ad arrivare a guardare al futuro, con le disposizioni delle nuove direttive 2014/23/CE, 2014/24/CE e 2014/25/CE, da recepire nell'ordinamento interno entro il 18 Aprile del 2016.

Allargando lo sguardo, si può evidenziare che il dibattito che ha portato all'approvazione delle nuove direttive citate, centrato su modelli sempre più

flessibili di contratti pubblici, da un lato sia molto ambizioso, spingendosi in avanti su molte tematiche e *in primis* sulla discrezionalità da riconoscere alle pubbliche amministrazioni, da noi sempre oggetto di resistenza e diffidenze, dall'altro che proprio questo contesto sia il terreno più fertile per la possibilità di un'interconnessione sempre più stretta tra tematiche sociali (ambientali in questo caso) e gli strumenti dell'economia. Questi due aspetti, oggetto di analisi nella presente trattazione, vanno di pari passo e sono direttamente intrecciati l'uno all'altro.

Infine come riconosciuto nell'ambito della Strategia Europa 2020, espressamente finalizzata alla crescita e organizzata in cinque punti di cui uno rivolto proprio alla tutela dell'ambiente e del clima risulta di particolare interesse la relazione che intercorre tra strumenti verdi e sviluppo dell'economia.

Lo stimolo che può e potrà provenire dal *green public procurement* al mercato dei beni *eco-friendly* potrà stimolare la produzione e la ricerca tecnologica e scientifica ed essere una possibile chiave per superare definitivamente l'attuale periodo di stallo economico dell'euro-zona, guardando con forza al futuro e alle nuove sfide che la tutela del nostro ambiente ci pone davanti con sempre più persistenza ogni giorno.

Troppo ambizioso?

Capitolo I

Appalti verdi e sviluppo sostenibile

CAPITOLO I

Appalti verdi e sviluppo sostenibile

SOMMARIO: 1. Lo sviluppo sostenibile. 2. P.a. e appalti verdi. 3. L'evoluzione del dibattito comunitario. 4. Il contributo della giurisprudenza.

1. Lo sviluppo sostenibile

Punto di partenza di questo lavoro è il principio dello sviluppo sostenibile, volto ad ottenere che lo sviluppo della società umana sia “*sostenibile per le generazioni presenti e future*”¹. L'ambiente infatti ha acquisito gradualmente e progressivamente il peso di un vero e proprio valore giuridico², la cui tutela deve necessariamente essere temperata con lo sviluppo economico, vocazione naturale delle società industrializzate. La chiave di volta di questo equilibrio deve essere ricercata proprio nel principio in analisi.

Il concetto trova origine nel diritto internazionale in un contesto dominato dalle contraddizioni del modello di crescita affermatosi con il boom economico del secondo dopoguerra³ e rappresenta un tipico caso di *soft law*, cioè di un principio giuridico che nasce in dichiarazioni internazionali non produttive di precisi obblighi e diritti, tendendo ad occupare spazi in precedenza lasciati alla discrezionalità degli Stati per poi penetrare nelle varie legislazioni nazionali⁴.

Nel 1983 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite creò una Commissione mondiale su ambiente e sviluppo che ha prodotto il volume *Our common future* (1988) e ha definito, nel Rapporto Brundtland del 1987, lo sviluppo sostenibile

¹ R. FERRARA - F. FRACCHIA - N. OLIVETTI, *Diritto dell'ambiente*, Roma, 1999, p. 13.

² G. ROSSI, *La materializzazione dell'interesse ambientale*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, 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.

³ M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007, p. 44.

⁴ V. PEPE, *Lo sviluppo sostenibile: tra governo dell'economia e profili costituzionali*, Piacenza, 2002, p. 41.

come “*development which meets the needs of the present without compromising the ability of the future generations to meet theirs own needs. It contains within two concepts: the concept of needs, in particular the essential needs of the world’s poor, to which overriding priority should be given; and the idea of limitations imposed, by the state of technology and social organization, on the environment’s ability to meet present and future needs*”.

Da qui in avanti il tema dello sviluppo sostenibile, già affrontato a Stoccolma⁵ nel 1972, è stato sempre più al centro del dibattito mondiale: sviluppato a Rio de Janeiro nella Conferenza del vertice mondiale su “ambiente e sviluppo” del 1992 e nello stesso anno ripreso dalle istituzioni comunitarie nel Trattato di Maastricht⁶, dove si affermava che la Comunità europea aveva il compito di garantire uno sviluppo equilibrato delle attività economiche e una crescita sostenibile, compatibile con le istanze ambientali.

Dal momento in cui il concetto di sviluppo sostenibile è stato introdotto nel Trattato di Amsterdam del 1997⁷, esso è diventato un indiscusso obiettivo primario dell’UE. A Lisbona nel 2000, i leader europei hanno formalizzato il loro obiettivo di rendere quella dell’Unione “*l’economia più competitiva e dinamica del mondo, basata sulla conoscenza, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile e con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale*”.

La strategia di Lisbona è stata integrata da un terzo pilastro ambientale, in seguito all’adozione della strategia dell’Unione europea per lo sviluppo sostenibile al

⁵ La conferenza dell’ONU tenutasi a Stoccolma nel 1972 aveva lo scopo dichiarato di fare fronte allo sfruttamento intensivo delle risorse naturali e all’aumento della popolazione mondiale, elaborando strumenti efficaci per la protezione delle specie in pericolo di estinzione e per la conservazione delle risorse non rinnovabili. A Stoccolma emergeva per la prima volta il conflitto tra la necessità da un lato della protezione dell’ambiente, per garantire anche la stessa sopravvivenza del genere umano; dall’altro di garantire la crescita economica, attraverso lo sfruttamento delle risorse naturali per aumentare la qualità della vita e il benessere dei popoli. La Conferenza non è riuscita a elaborare strumenti efficaci per sciogliere quella che sin da subito era apparsa come un’antinomia insuperabile; il merito principale dei lavori è stato piuttosto quello di far confluire la questione ambientale nel Programma delle Nazioni Unite per l’Ambiente, attraverso l’istituzione nel 1983 della Commissione mondiale su ambiente e sviluppo, appena affrontata nella trattazione. Per un approfondimento P. A. LEME MACHADO, *Nuove strade dopo Rio e Stoccolma*, in *Rivista giuridica dell’Ambiente*, 2002, 1, 170; V. PEPE, *Lo sviluppo sostenibile tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Rivista giuridica dell’Ambiente*, 2002, 2, 209.

⁶ Il Trattato di Maastricht è entrato in vigore il 1° Novembre del 1993.

⁷ Art. 2 del Trattato in parola che introduce nel testo del TUE, all’art. 2, il riferimento a uno “sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche”.

Consiglio europeo di Goteborg nel 2001⁸. Questa strategia ha segnato un punto di svolta. L'obiettivo era quello di promuovere la crescita economica e la coesione sociale tenendo nella dovuta considerazione la questione della protezione ambientale. Viceversa, ciò implica che gli obiettivi ambientali debbano essere valutati in base al loro impatto economico e sociale; in questo modo, per quanto possibile, le soluzioni “win-win” (ovvero soluzioni vincenti in grado di soddisfare tutti i soggetti coinvolti), dovrebbero essere elaborate in modo da rispondere contemporaneamente alle esigenze economiche, occupazionali ed ambientali. Nel 2002, Il Consiglio europeo e il Parlamento europeo hanno adottato il Sesto Programma di azione in materia di ambiente⁹, enunciando il calendario ambientale dell'UE per i prossimi dieci anni ed individuando quattro aree prioritarie che richiedono un intervento urgente: cambiamenti climatici, natura e biodiversità, gestione delle risorse, ambiente e salute.

Oggi alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile è dedicato l'art. 3¹⁰, par. 3, del Trattato sull'Unione Europea, per il quale *“l'Unione 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”*.

Anche il titolo XX artt. 191¹¹ -193 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea è dedicato all'ambiente, così come l'art. 37 della Carta di Nizza che ribadisce che *“un elevato livello di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua*

⁸ COM (2001) 264 def.

⁹ Decisione n. 1600/2002/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 luglio 2002, che istituisce il Sesto Programma comunitario di azione in materia di ambiente che segue logicamente e cronologicamente il Quinto Programma del 1992 a suo tempo già indicativo dell'evoluzione della politica dell'Unione in materia di ambiente. Tra gli elementi più importanti del Quinto programma in questione è utile ricordare il superamento della fase incentrata sul principio “chi inquina paga”, che aveva evidentemente come logica di base l'accettazione implicita che nel modello di libero mercato il fattore “non sostenibilità ambientale” fosse ineluttabile, per fare posto ad una fase in cui la sostenibilità dello sviluppo è perseguita attraverso strumenti e sistemi direttamente collegati al mercato, in base al principio della “condivisione della responsabilità”. Sul principio “chi inquina paga”, M. MELI, *Le origini del principio “chi inquina paga” ed il suo accoglimento da parte della comunità europea*, in *Rivista giuridica dell'Ambiente*, 1990, p. 441.

¹⁰ Ex art. 2 del Trattato CE.

¹¹ Il paragrafo 3 impone di considerare, tra gli altri, i profili scientifici e tecnologici disponibili e di operare un'analisi “dei vantaggi e degli oneri che possono derivare dall'azione o dall'assenza di azione”.

qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile”.

A livello internazionale, l'UE ha svolto un ruolo di primo piano nell'elaborazione e nella promozione dei principali accordi e convenzioni internazionali in materia di ambiente. Per esempio, nel ratificare il protocollo di Kyoto sui cambiamenti climatici nel 2002, l'Unione si è impegnata a ridurre le proprie emissioni di gas ad effetto serra dell'8 % nel periodo 2008-2012 (rispetto ai livelli del 1990).

Successivamente l'UE è stata ed è in prima fila anche nel superamento di Kyoto e nei nuovi impegni che ne scaturiranno a livello mondiale¹², così come nell'assunzione di nuovi impegni a livello comunitario, come quelli sanciti nel documento *“Europa 2020: la strategia europea per la crescita, verso un futuro sostenibile e orientato all'occupazione”*¹³.

A livello nazionale il principio dello sviluppo sostenibile è stato protagonista di un riconoscimento esplicito nel 2008 all'interno del codice dell'ambiente, il d.lgs 152/2006, ove si legge che *“ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future”*¹⁴.

Questa dichiarazione di principio è stata interpretata da un lato come “cavallo di Troia” per il riconoscimento dello sviluppo sostenibile come principio applicabile non solo alle scelte in materia ambientale, ma a tutta l'attività amministrativa discrezionale, se si pone mente al secondo comma dell'articolo in questione¹⁵.

¹² Una nuova serie di impegni per i paesi partecipanti fino al 2020. Si chiama “emendamento Doha”, dal nome della capitale del Qatar, dove è stato discusso ed entrerà in vigore solo quando sarà stato ratificato dai tre quarti dei partecipanti al Protocollo di Kyoto. Il problema è che la ratifica della seconda fase è ancora in alto mare, nonostante gli inviti ricorrenti delle Nazioni Unite per incentivare i paesi partecipanti a discutere e ad aderire all'iniziativa.

¹³ In particolare, il punto 3) dei cinque propositi dell'Unione per il 2020, così riporta: limitare del 20% o persino del 30% le emissioni di gas serra rispetto ai livelli del 1990, ricavare il 20% del fabbisogno di energia da fonti rinnovabili e aumentare l'efficienza energetica del 20%.

¹⁴ Art. 3-quater, d.lgs. 152/2006.

¹⁵ Come evidenzia F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in *Diritto dell'ambiente* a cura di G. ROSSI, p. 172. Il comma 2 dell'art. citato, infatti, sancisce: “anche l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli

dall'altro lato ciò ha avvalorato la ricostruzione già operata da alcuni autori¹⁶ dell'ambiente come oggetto di un dovere costituzionale, che trova un referente fondamentale nell'art. 2 Cost., e cioè nel dovere di solidarietà.

Anche ponendo mente all'art. 9 Cost. che parla di tutela del *paesaggio*, possiamo trovare un collegamento con lo sviluppo sostenibile. La nozione di paesaggio è stata utilizzata inizialmente per fornire una base costituzionale alla tutela dell'ambiente, ma poi nell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale i due concetti hanno iniziato a essere tenuti separati, seppur complementari e contigui. Ad oggi, il paesaggio è inteso come “*quella parte omogenea del territorio i cui caratteri derivano dalla natura, dalla storia umana e dalle reciproche interrelazioni*”¹⁷, nozione che sembra destinata ad accogliere anche quegli elementi del paesaggio che siano condizionati dall'intervento umano, e non solo i profili strettamente naturalistici. Il paesaggio inteso come “forma dell'ambiente” potrà essere quindi un paesaggio naturale o un paesaggio reso tale dall'intervento dell'uomo, in cui i profili storico-culturali sono la risultante della commistione fra elementi naturali e elementi artificiali¹⁸.

Sotto questo profilo emerge altresì un collegamento diretto con il concetto di sviluppo sostenibile che, come delineato, può fornire il paradigma per una nozione non solo conservativa ma anche dinamica di paesaggio: un paesaggio frutto della commistione tra elementi naturali e intervento dell'uomo ben si presta, infatti, a inglobare in sé elementi di cambiamento e quindi di *sviluppo*, con scelte rivolte alla *sostenibilità* e quindi alla tutela dell'ambiente¹⁹.

interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di primaria considerazione”.

¹⁶ F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Diritto dell'economia*, 2002, II, p. 215 e ss. Lo sviluppo sostenibile è un concetto “fondato sull'idea di dovere nei confronti delle generazioni future” e di solidarietà intergenerazionale, dunque, di responsabilità. Fermo resta che “il principio non intende riconoscere eguali vincoli in capo a tutti”, ma che, non potendo esser assicurato dal libero gioco del mercato, richiede un chiaro “meccanismo di responsabilità politica”, attraverso il “ripristino della sovranità della politica e il recupero del diritto sull'economia”.

¹⁷ Art. 131 Codice dei beni culturali e del paesaggio, D.lgs. n. 42/2004.

¹⁸ In questo senso G. ROSSI, *La “materializzazione” dell'interesse all'ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Parte generale, Giappichelli Editore.

¹⁹ In senso simile V. PEPE, *Lo sviluppo sostenibile tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Rivista giuridica dell'Ambiente*, 2002, 2, 234: “L'art. 9 della Costituzione italiana chiama la Repubblica a tutelare il patrimonio storico-artistico-culturale della nazione per poterlo poi consegnare alle generazioni future. Nell'art. 9 è anche individuabile lo stesso concetto di tempo e l'idea di progresso inteso come crescita di generazioni. Riconoscere e dare sistemazione giuridica al diritto delle generazioni future, al di là del “*curator ventris*” rappresenta un momento qualificante della nostra cultura e della coscienza collettiva del tempo presente”. Di grande rilievo sono anche due pronunce della Corte costituzionale, richiamate dallo stesso V. PEPE nell'articolo in parola. Si tratta delle sentenze n. 259 e n. 419 del 1996 che si riferiscono entrambe ad

Il principio dello sviluppo sostenibile può essere ricercato nella Costituzione italiana anche negli artt. 41 e 42. L'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da arrecare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e la stessa proprietà privata è riconosciuta e garantita a condizione che abbia una funzione sociale. Il riconoscimento della funzione sociale dell'ambiente ha giustificato molte limitazioni al diritto di proprietà, così come ha condizionato l'uso del suolo: lo stesso legislatore può imporre restrizioni allo sfruttamento delle risorse naturali onde consentirne l'utilizzo alle generazioni future²⁰.

Il principio dello sviluppo sostenibile ha quindi come contenuto lo sforzo (quasi impossibile o comunque molto difficile) di conciliare la naturale antitesi che c'è tra modello capitalistico e protezione ambientale e di farlo proprio al fine di preservare le risorse naturali in modo tale che anche le future generazioni possano mantenere l'attuale livello di benessere²¹.

In quanto, come già detto, chiave di volta delle decisioni di politica ambientale ed economica a livello nazionale e internazionale, la sostenibilità ambientale ha come diretto corollario l'integrazione della variabile "ambiente" nelle decisioni dei soggetti pubblici e privati²², allargando l'orizzonte di riferimento temporale delle pubbliche amministrazioni alla difesa degli interessi delle generazioni future²³.

una questione sollevata dal Tribunale superiore delle acque pubbliche e nella motivazione fanno riferimento alla salvaguardia del diritto delle generazioni future all'integrità del patrimonio ambientale, riconoscendo il diritto all'ambiente come diritto fondamentale dell'uomo.

²⁰ V. PEPE, *op. cit.*, p. 238.

²¹ P. DIMAN, *Principi della tutela ambientale*, in G. DI PLINIO - P. FIMIANI (a cura di), *Principi di diritto dell'ambiente* cit., p. 56. In tal modo, il principio opera come "linea guida" e strumento di "supporto e rafforzamento dei principi di cui all'art. 174 Tr. CE", quali il principio di prevenzione, precauzione e correzione alla fonte – su cui diffusamente p. 42 e ss. Sul punto vds. anche B. CARAVITA, *I principi della politica comunitaria in materia ambientale*, *Riv. giur. amb.*, 1991, p. 207 e ss. Spiega il CIPE, deliberazione 2 agosto 2002, n. 57, *Strategia d'azione ambientale per lo sviluppo sostenibile in Italia*, p. 4, par. 4, "un sistema economico in crescita è sostenibile solo se l'ammontare delle risorse utilizzate per la creazione di ricchezza resta, in quantità e qualità, entro opportuni limiti di sfruttamento e non sovraccarica le capacità di assorbimento fornite dall'ecosfera".

²² Per F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente*, p. 235 e ss. Il dovere di solidarietà ambientale importa doveri di comportamento anche per i soggetti privati. Nello stesso senso, P. MADDALENA, *L'ambiente: prolegomeni per una sua tutela giuridica*, in *Riv. giur. ambiente*, 2008, p. 530.

²³ M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007.

2. P.a. e appalti verdi

Eccoci quindi alla base del ragionamento relativo alla interazione tra gli appalti e la tutela dell'ambiente. Il termine *appalti verdi* o *Green public procurement* indica infatti l'insieme degli strumenti giuridici volti a promuovere la graduale integrazione degli interessi ambientali nella disciplina legislativa degli appalti pubblici²⁴. L'espressione non richiama una particolare categoria di appalti, ma si riferisce ad un criterio generale, da adottarsi indistintamente per tutti i tipi di appalti, che dovrebbe orientare il settore pubblico verso determinate scelte di acquisto rispetto ad altri beni o servizi ad esse fungibili²⁵.

Il volume dei contratti pubblici incide per circa il 18% sul PIL dell'intera Unione, è quindi di tutta evidenza che le stazioni appaltanti possano giocare un ruolo decisivo nell'intraprendere la strada verde in campo economico. È la stessa Commissione europea che definisce la possibilità per le pubbliche amministrazioni di “*fungere da traino nel processo di gestione ecologica e nel riorientamento dei consumi verso prodotti più verdi*”²⁶. Proprio per l'ingente mole di contratti pubblici, infatti, un aumento della domanda di prodotti eco-compatibili avrebbe senz'altro l'effetto di stimolare la produzione industriale con tali caratteristiche, con effetti conseguenti sul mercato, in un duplice ordine di conseguenze. Da un lato, si avrebbe uno stimolo per gli operatori economici a trovare nuove soluzioni produttive sempre più eco-efficienti, con impulso alla ricerca tecnologica e all'innovazione. Dall'altro, e gradualmente, anche le preferenze dei consumatori verrebbero orientate verso scelte ecologiche, con prospettive di sviluppo del mercato sul medio periodo²⁷.

²⁴ F. SCHIZZEROTTO, *I principali provvedimenti europei ed italiani in materia di Green Public Procurement*, in *Rivista giuridica dell'Ambiente*, 2004, 6, 967.

²⁵ G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte ecoefficienti*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2012, V, p. 820.

²⁶ Comunicazione su *Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*, COM (2001) 274.

²⁷ “Incidendo in modo strutturale sulle azioni e le scelte degli operatori economici”, così G. FAILLA, *op. loc. cit.* M. OCCHIENA, *Norme di gestione ambientale*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, II, 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”. Nello stesso senso G. BELLOMO, *Il Green Public Procurement nell'ordinamento multilivello ambientale*, in *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, 2008, 2, p. 940 ss.: “Con l'adozione dei GPP, 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,

Peraltro non mancano certamente aspetti critici in questo ragionamento. È chiaro che affinché le pubbliche amministrazioni si possano orientare nel senso esposto, occorre che esse possano superare il *deficit* informativo che si trovano ad avere, rispetto al contraente privato, secondo una logica che attiene alla fisiologia, e non alla patologia del rapporto, al momento della sua formazione. In particolare, tale *deficit* deriva dalla necessità di dover integrare, nella valutazione pubblica di aggiudicazione, variabili attinenti al profilo ambientale, di per sé richiedenti competenze specifiche e specialistiche, difficilmente già possedute dalla gran parte delle p.a.²⁸.

Proprio a questo scopo tra l'altro, la Commissione ha redatto nel 2005 un manuale dal titolo *Acquistare verde! Un manuale sugli appalti pubblici ecocompatibili*, nel quale, seguendo lo sviluppo delle diverse fasi della procedura di aggiudicazione e poi di esecuzione del contratto pubblico, vengono indicati con precisione tutti gli strumenti a disposizione dell'amministrazione per orientare "al verde" ogni tipo di appalto.

Risulta altresì più comprensibile il nesso tra appalti verdi e necessità di procedure di aggiudicazione sempre più flessibili, nesso che trova in ultima analisi le proprie radici anche nel *deficit* informativo in parola. Per superarlo occorre che l'amministrazione possa procedere ad un progressivo apprendimento delle basi e nozioni scientifiche e tecnologiche che le mancano e per farlo (almeno nel medio periodo) la soluzione più consigliabile è il ricorso a procedure negoziate, come il dialogo competitivo²⁹ o gli strumenti che le nuove direttive di settore stanno introducendo nell'ordinamento comunitario e di conseguenza in quello nazionale³⁰.

[...] 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”.

²⁸ Queste considerazioni sono svolte per prima dalla Commissione europea nella Comunicazione COM (2001) 274, già cit.

²⁹ G. FIDONE, *Il codice dei contratti pubblici*, in M. CLARICH (a cura di) *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, Giappichelli, Torino, 2010.

³⁰ Più diffusamente nel cap. III del presente lavoro.

La Pubblica Amministrazione è chiamata quindi ad operare in modo capillare e flessibile³¹ e per farlo ricorre agli strumenti del mercato “servendosene” con finalità di protezione ambientale, creando varie forme di incentivi economici, con lo scopo di internalizzare gli effetti sull’ambiente che derivano dalle imperfezioni del mercato, da sole non correggibili. Agli strumenti di comando e controllo, come interventi autoritativi caratterizzati da forte potere decisionale in capo alle istituzioni pubbliche, si affiancano gli strumenti di mercato imperniati su incentivi economici³², di cui gli appalti verdi sono uno degli strumenti disponibili, anche se non l’unico³³.

Questo approccio, teso a promuovere la graduale integrazione degli interessi ambientali nella disciplina degli appalti pubblici, o meglio di un “*sistema volto a rivedere le pratiche di appalto della pubblica amministrazione privilegiando tipologie di lavori, beni e servizi*” ecocompatibili³⁴, è ritenuto sempre più importante e decisivo, ed è uno dei punti fondamentali della strategia *Europa 2020: la strategia europea per la crescita*, fondamentale per dare conto della direzione assunta dall’Unione su alcuni punti vitali delle proprie politiche e, per quel che qui interessa, sulla politica degli appalti legati all’ambiente. Nelle nuove direttive comunitarie, infatti, in più punti si fa riferimento alla strategia in parola, *in primis* al

³¹ M. CAFAGNO, *Strumenti di mercato a tutela dell’ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell’ambiente*, 2011, p. 183, secondo cui “il livello di capillarità e flessibilità [richiesto, può essere promosso] soltanto da un duttile sistema di incentivi e non può essere affidato alla mera predisposizione di obblighi e divieti o all’esclusivo esercizio dell’autorità”. Evidenziava la necessità di individuare un giusto equilibrio tra gli strumenti a tutela dell’ambiente, distinguendo tra ordinari – “tradizionali strumenti conformativi, autorizzatori, e pianificatori” – e straordinari – tipici di “una logica della tutela dell’ambiente come tutela emergenziale” – già B. CARAVITA, *Diritto pubblico dell’ambiente* cit., p. 275 e ss.

³² M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente* cit., p. 329 e ss. “incentivi economici che ricomprendono i modelli d’azione attraverso cui i pubblici poteri si limitano ad espletare sul mercato una funzione di disseminazione informativa, [...] gli interventi attraverso cui la mano pubblica modifica autoritativamente i costi di accesso al sistema ambientale mediante diretta o indiretta assegnazione di un prezzo a servizi e risorse naturali, altrimenti gratuiti e liberamente accessibili, in particolare attraverso la predisposizione di imposte correttive e sussidi, la creazione di mercati artificiali, la previsione di ipotesi di responsabilità ambientale ed ancora, attraverso l’integrazione della variabile ambientale nelle procedure d’appalto. In approfondimento M. CLARICH, *La tutela dell’ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2007, p. 219 e ss.

³³ F. GAVERINI, *Attività contrattuale della p.a. e protezione dell’ambiente: gli appalti verdi*, in *Riv. giur. edilizia*, 2009, 5-6, p. 153, distingue gli strumenti giuridici utilizzabili in un’ottica di tutela e conservazione ambientale collocandoli “lungo una linea che congiunge quelli di prevenzione specifica (o collettiva) e quelli di prevenzione generale (o di mercato)”. Tra questi definisce alcuni “puri”, “in quando per essi il ruolo dell’amministrazione può dirsi marginale e limitato a funzioni di tipo certificativo, informativo e promozionale”, altri “misti” e, fra questi, indica gli appalti verdi “in quanto l’intervento del decisore pubblico non ha rilievo esclusivamente certificativo, informativo o promozionale ma si spinge più a fondo, individuando concreti privilegi nella scelta del contraente da individuare attraverso le procedure ad evidenza pubblica per coloro che siano in grado di offrire prodotti e servizi quanto più possibile ecologici”.

³⁴ G. FAILLA, *Green Public Procurement: appalti verdi nel Lazio*, in *Appalti e contratti*, 2010, III, p. 44.

considerando (2) della Direttiva 24, che nel primo periodo recita: “*Gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020, illustrata nella comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 dal titolo «Europa 2020 – Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva» («strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»)*, in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l’uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici”.

A questo punto occorre fare un passo indietro prima di entrare nei dettagli delle disposizioni vigenti e soprattutto di quelle future delle nuove direttive.

Partendo dai primi orientamenti in materia di integrazione di variabili verdi nel diritto dei contratti pubblici in ambito comunitario, soffermeremo l’analisi sul successivo dibattito che ne è scaturito e che, con la sua evoluzione a livello di Unione e a livello interno, ci ha portato al punto dove siamo oggi.

3. L’evoluzione del dibattito comunitario

Come è noto, i primi interventi del legislatore comunitario in materia di appalti risalgono agli anni ’70, quando con le direttive 71/305 e 77/62³⁵ venne introdotta una disciplina essenzialmente incentrata sul perseguimento di obiettivi di natura economica³⁶.

L’unico obiettivo era la realizzazione del mercato unico europeo con la garanzia della non discriminazione tra concorrenti, in funzione della tutela della concorrenza, finalizzata a garantire la pubblica amministrazione (per l’impiego efficiente delle

³⁵ Si tratta della direttiva del Consiglio 26 luglio 1971 n. 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, in G.U.C.E., 16 agosto 1971 n. 185; 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.

³⁶ “Finalizzata a garantire la parità di condizioni tra le imprese partecipanti alla gara e ad assicurare procedure di aggiudicazione trasparenti, non discriminatorie, e accessibili” - G. FIDONE, *op. loc. cit.* La disciplina comunitaria sugli appalti pubblici elaborata a partire dagli anni settanta del secolo scorso persegue l’obiettivo di “realizzare l’integrazione economica tra gli Stati membri ed attuare i principi” di libera circolazione dei beni (art. 28 e ss. Tr. Ce), dei servizi (art. 49 e ss. Tr. Ce), del diritto di stabilimento (art. 43 e ss. Tr. Ce), del principio di non discriminazione e parità di trattamento (art. 12 Tr. Ce).

risorse pubbliche) ma anche il mercato e gli operatori economici che ne fanno parte. In questo periodo l'inserimento del requisito ambientale nelle singole offerte, avrebbe finito per comportare maggiori costi per il concorrente, comportando addirittura una sua penalizzazione nella gara, con minori probabilità di risultare vincitore.

Nonostante che tra la fine degli anni ottanta e l'inizio degli anni novanta la tutela dell'ambiente sia divenuta un tema centrale dell'agenda politica europea³⁷, nessuna direttiva in materia di appalti pubblici conteneva disposizioni specifiche in tema di ambiente; anche le direttive 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE rispettivamente in materia di appalti pubblici di servizi, forniture e lavori, non facevano eccezione³⁸.

A parte i primi riferimenti già citati a una crescita sostenibile compatibile con le istanze ambientali del Trattato di Maastricht, entrato in vigore nel 1993, i primi veri segnali del superamento delle resistenze iniziali all'ingresso delle variabili verdi nel diritto degli appalti, e di una certa convergenza ed integrazione tra la politica europea in materia di ambiente e la disciplina dei contratti pubblici, risalgono al Libro verde sugli appalti pubblici del 1996³⁹, in cui si prende coscienza dell'enorme incidenza che il mercato degli acquisti verdi della pubblica amministrazione, se messo in pratica in modo puntuale, avrebbe potuto avere sulla tutela dell'ambiente e la promozione dello sviluppo sostenibile.

³⁷ G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte ecoefficienti*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2012, V, p. 822-823: "la prospettiva ecologica nell'approccio al mercato a livello europeo trova spazio nelle "Agende 21 locali", un programma di azione ambientale che trova origine nella Dichiarazione di Rio de Janeiro del 1992, volta allo "sviluppo equo per tutti gli esseri umani, comprese le generazioni future, conservando al contempo l'integrità dell'ambiente mondiale" e fondato, in particolare, sul Capitolo 28 dedicato alla promozione di strategie comuni di sostenibilità definite congiuntamente dalle amministrazioni locali, dalle imprese, dalle associazioni e dalla comunità territoriale. Gli obiettivi fondamentali di tali programmi sono la valutazione dei costi ambientali delle decisioni dei produttori e dei consumatori; il ricorso a principi economici per incoraggiare la creazione di nuove fasce di mercato e aree di lavoro nei settori del controllo ambientale e della tutela e gestione delle risorse naturali; la dinamica dei prezzi da correlare alla penuria dei beni naturali e al loro effettivo valore. Sul punto, si può anche ricordare che nel 1994, alla Conferenza delle città europee per uno sviluppo durevole e sostenibile di Aalborg (Danimarca), fu firmata la Carta di Aalborg, attraverso la quale le amministrazioni e gli organismi internazionali firmatari si impegnavano ad attuare l'Agenda 21".

³⁸ Gli stessi obiettivi "di natura economica" perseguiti dalle direttive degli anni '70 vennero in seguito richiamati dalle direttive 93/37/CE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (II considerando), 93/36/CE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (V considerando), 92/50/CE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (I, II, IV e V considerando), successivamente modificate dalla direttiva 97/52/CE I "settori esclusi", invece, erano regolati dalla direttiva 93/38/CE, in seguito modificata dalla direttiva 98/4/CE.

³⁹ Comunicazione della Commissione, 27 novembre 1996, COM (96) 583, *Libro Verde. Gli appalti pubblici nell'Unione Europea. Spunti di riflessione per il futuro*.

Tappa successiva e decisiva è l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam nel 1997 in cui per la prima volta e in modo esplicito si afferma che le esigenze di tutela dell'ambiente devono essere integrate nelle politiche comunitarie⁴⁰, con la conseguenza che la protezione ambientale non può più essere perseguita isolatamente, ma deve assumere un carattere trasversale orientando il perseguimento di tutte le altre politiche dell'Unione⁴¹. È proprio richiamando tale principio che la Corte di Giustizia ha ritenuto legittima rispetto ai parametri del Trattato una normativa nazionale che obbligava imprese private ad acquistare energia da fonti rinnovabili, prodotta nella stessa zona, ancorché a prezzi minimi superiori al valore economico reale relativo a tale tipo di energia⁴². Le ragioni della decisione della Corte furono che la previsione in questione era diretta a tutelare esigenze imperative come la tutela della salute e dell'ambiente⁴³.

Sulla scia del Libro verde del 1996 è il Libro bianco del 1998⁴⁴, nel quale l'esecutivo europeo *“ribadisce 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”*.

Ad avviso della Commissione infatti *“in linea generale, ogni amministrazione che lo desideri, può, in sede di definizione dei prodotti o dei servizi che intende*

⁴⁰ Il principio di integrazione fu recepito nell'art. 6 Trattato CE, per poi traslocare all'art. 11 TFUE che così recita: “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”.

⁴¹ In questo senso G. FIDONE, *op. cit.* p. 825, che a sua volta rimanda a F. POCAR, *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2001, 112, cit. in G. GARZIA, *Bandi di gara per appalti pubblici e ammissibilità delle clausole c.d. « ecologiche »*, in *Foro amm. - CDS*, 2003, 12, 3515. Il principio di integrazione comporta l'obbligo per gli organismi comunitari di ponderare e bilanciare gli interessi ambientali all'interno di tutte le altre politiche; inoltre, in caso di conflitto con altri e differenti interessi, anche gli interessi ambientali dovranno essere convenientemente bilanciati. Come è stato osservato da F. DE LEONARDIS, *La disciplina dell'ambiente tra Unione Europea e WTO*, in *Riv. dir. amm.*, vol. 3-2003, tale principio prescrive che tutte le attività, anche quelle di interesse generale, devono considerare la componente ambientale, « misurarsi con essa », e integrarla quale « elemento inderogabile del bilanciamento di interessi occupazione e al progresso sociale, e un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente ». Si veda anche L. KRAMER, *Manuale di diritto comunitario per l'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2002, I, 90.

⁴² Corte Giust., 13 marzo 2001, C-379/98, *Preussenelek-tra AG c. Land Schleswig-Hollstein*, Racc., 2001, I-2099.

⁴³ B. FENNI *Il green public procurement come strumento di sviluppo sostenibile* in *www.AmbienteDiritto.it - Rivista Giuridica* – ISSN 1974-9562.

⁴⁴ Comunicazione della Commissione, *Gli appalti pubblici nell'Unione europea*, Bruxelles 11 marzo 1998, COM (98) 143.

acquistare, scegliere prodotti e servizi che rispondano alle sue preoccupazioni in materia di tutela dell'ambiente”.

Misure in questo senso possono essere inserite in più punti della procedura di aggiudicazione, ma sempre nel rispetto dei principi del Trattato, e in particolare del principio di non discriminazione.

Così le amministrazioni possono elaborare specifiche tecniche, relative alle caratteristiche delle opere, delle forniture o dei servizi oggetto degli appalti, che prendano in considerazione i valori ambientali. Possono richiedere prodotti che corrispondano a queste esigenze nei capitolati d'onere, così come possono integrare la tutela ambientale nei criteri d'aggiudicazione, a condizione che questi siano volti a verificare le capacità economico/finanziarie e tecniche dei partecipanti. Anche nel valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa possono essere tenuti in considerazione gli aspetti ambientali, ma solo *“quando il riferimento a questi elementi implichi un vantaggio economico attinente alla prestazione oggetto dell'appalto, di cui benefici direttamente l'ente acquirente”*. Interessi ambientali possono quindi entrare anche nell'elaborazione dei motivi di esclusione da una gara, così come nel prescrivere determinate condizioni in fase di esecuzione.

Concludendo per quanto riguarda il Libro bianco del 1998, possiamo notare che i passi in avanti sono molti, in un'ottica però ancora orientata alla natura essenzialmente economica della regolazione degli appalti pubblici, chiaramente evidenziata dai richiami alla necessità di un vantaggio economico per l'ente acquirente.

A cavallo del nuovo millennio appare sempre più pressante l'esigenza di chiarezza sulla misura in cui le considerazioni ambientali siano effettivamente compatibili con la legislazione comunitaria in vigore in materia di appalti pubblici⁴⁵. La produzione documentale a livello di Unione è ampia e numerose⁴⁶ sono le comunicazioni della Commissione che, direttamente o indirettamente, toccano l'argomento.

⁴⁵ S. BASTIANON in *Politiche dell'Unione Europea in tema di appalti verdi* in M. ANDREIS (a cura di) *I contratti pubblici tra principi interni e vincoli sovranazionali (mercato, ambiente, responsabilità)* Giuffrè Editore.

⁴⁶ Ad esempio: Comunicazione della Commissione *Sviluppo sostenibile in Europa per un mondo migliore: strategie dell'Unione Europea per lo sviluppo sostenibile*, 15 maggio 2001, COM (2001) 264;

Da segnalare il “Sesto programma d’Azione per l’Ambiente”⁴⁷, il cui obiettivo dichiarato era di “*sganciare l’impatto ed il degrado ambientale dalla crescita economica*”, seguendo la strada di un modello di consumo più sostenibile, accompagnato a una migliore efficienza e una migliore gestione delle risorse e dei rifiuti. Su questo punto la Commissione menziona espressamente gli acquisti verdi, come strumento per agire a monte sul problema, riducendo la produzione, la quantità e la pericolosità dei rifiuti prodotti.

Questi obiettivi non sono da considerare “*alternativi al mercato ma con esso compatibili e tali da costituire nuove opportunità per la crescita dell’economia e l’incremento dell’occupazione, anche attraverso l’introduzione di innovazioni tecnologiche e manageriali*”⁴⁸.

Nella stessa scia, il Libro verde *Sulla politica integrata relativa ai prodotti*⁴⁹: partendo dal presupposto che tutti i prodotti, beni e servizi interagiscano con l’ambiente durante il loro intero *ciclo di vita*, per invertire il fenomeno di un incremento indiscriminato dei consumi, causa dei fenomeni di inquinamento ed esaurimento delle risorse, la strada da seguire sarebbe quella di politiche ambientali basate sulla promozione e incentivazione della produzione di beni più ecologici e per fare questo e orientare in questo senso, da un lato la produzione, dall’altro le preferenze dei consumatori, bisognerebbe mettere da parte o quantomeno superare i tradizionali strumenti amministrativi imperniati su controlli e sanzioni, per percorrere la via degli strumenti di mercato, tra cui appunto il *green public procurement*.

Per un passo più netto e deciso, bisognerà attendere la Comunicazione su *Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di*

Comunicazione della Commissione *Conciliare bisogni e responsabilità. L’integrazione delle questioni ambientali nella politica economica*, 20 settembre 2000, COM (2000) 576.

⁴⁷ Comunicazione della Commissione, 24 gennaio 2001, COM (2001) 31.

⁴⁸ G. FIDONE, *op. cit.* p. 827, testo e nota (19): “Tra le altre misure, la Commissione propone di « indurre il mercato a lavorare per l’ambiente », con l’introduzione di marchi ecologici che consentano di comparare le prestazioni ambientali di prodotti diversi dello stesso tipo, da incoraggiarsi anche mediante l’utilizzo delle ecotasse, finalizzate a orientare la domanda dei consumatori verso prodotti e servizi con migliore impatto sull’ambiente. Sul punto si confronti anche la Comunicazione della Commissione, 20 settembre 2000, COM(2000) 576, *Conciliare bisogni e responsabilità. L’integrazione delle questioni ambientali nella politica economica*”.

⁴⁹ Comunicazione della Commissione, 7 febbraio 2001, COM (2001) 68.

carattere ambientale negli appalti pubblici, COM (2001) 274, in cui è necessario scendere un po' più nel dettaglio.

Questo documento è importante per due ordini di ragioni: la prima è che qui l'integrazione della tutela ambientale nel diritto degli appalti è l'oggetto diretto e principale della Comunicazione e non più il riflesso mediato di documenti sugli appalti in generale in cui trovava spazio la considerazione di ragioni di siffatta natura; la seconda è che questo documento, proprio per il deciso passo avanti che rappresenta, è la base per il successivo recepimento del tema degli appalti verdi nelle nuove direttive di settore del 2004.

La necessità di intervenire nasce dal fatto che *“anche se la Commissione ha già indicato alcune delle principali possibilità nella sua comunicazione del marzo 1998⁵⁰, gli enti aggiudicatori si sono tuttavia confrontati con il fatto che spesso non è chiaro in quale misura le considerazioni ambientali sono compatibili con la legislazione comunitaria in vigore in materia di appalti pubblici”*.

Nelle pagine interne e in particolare nel sommario e nell'introduzione, si chiariscono alcuni punti importanti sullo “stato dell'arte” e si chiarisce quale sia il proposito e l'obiettivo del documento, volto ad *“analizzare e mettere in luce le possibilità offerte dal diritto comunitario in vigore per quanto riguarda l'integrazione delle considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici, contribuendo a uno sviluppo sostenibile; l'introduzione di nuove possibilità, oltre a quelle offerte dal diritto vigente, implica l'intervento del legislatore comunitario”*.

Il documento ricorda inoltre che la disciplina comunitaria degli appalti pubblici è uno dei molteplici elementi che compongono il mercato unico, alla cui realizzazione essa deve contribuire, creando le condizioni di concorrenza necessarie, affinché gli appalti siano affidati in modo non discriminatorio e il denaro pubblico sia razionalmente impiegato per la scelta della migliore offerta, ribadendo che eventuali criteri verdi dovranno essere collegati all'oggetto dell'appalto in questione e dovranno comunque comportare un vantaggio economico per l'ente aggiudicatore.

L'impostazione quindi è sempre quella di una *“visione prettamente economica della disciplina che regola il settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture”⁵¹*

⁵⁰ Il Libro bianco citato.

⁵¹ G. FIDONE *op. cit.* p. 828

e già nelle prime pagine troviamo una sorta di *self-restraint* della portata innovativa del documento⁵²; ciononostante la direzione segnata rimane fondamentale, soprattutto per il suo sguardo rivolto al futuro. Sostenendo quello che abbiamo appena visto, la Commissione fa implicitamente “da sponda”, da un lato, per la redazione di un manuale/guida sugli appalti pubblici e la protezione dell’ambiente⁵³, espressamente nominato, e dall’altro per l’inserimento di queste problematiche nelle nuove direttive comunitarie, al tempo già in cantiere: anche qui il riferimento è esplicito, seppur per il momento alle proposte di direttive, del 10 maggio 2000.

Il documento in analisi si sviluppa poi seguendo le diverse fasi della procedura di aggiudicazione di un appalto ed esamina, per ciascuna di esse, in che modo possano essere presi in considerazione i criteri ambientali, con il chiaro limite del rispetto dei principi comunitari che regolano l’aggiudicazione e con la conseguenza che l’introduzione di detti criteri non può in nessun caso avere l’effetto di restringere la concorrenza o di creare discriminazioni per nazionalità tra i concorrenti.

Per concludere la rassegna dei documenti comunitari “pre-direttive del 2004” occorre ricordare la decisione n. 1600/2002/CE del Parlamento europeo e del Consiglio⁵⁴, istitutiva del già richiamato Sesto programma in materia di ambiente che, seguendo le conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Göteborg del 2001, ha ribadito l’importanza di una politica integrata dei prodotti che tenga conto delle considerazioni ambientali in tutto il *ciclo di vita* degli stessi, da integrare opportunamente anche nel diritto dei contratti pubblici; nello stesso senso la comunicazione della Commissione sulla politica integrata dei prodotti del 2003⁵⁵, nella quale ancora una volta è stata rimarcata l’importanza attribuita al *green public procurement*.

⁵² “La Commissione non può, in un documento di carattere interpretativo come questo, proporre soluzioni che esulino dall’attuale regime degli appalti pubblici. Inoltre l’interpretazione del diritto comunitario resta di esclusiva competenza della Corte di Giustizia”.

⁵³ Si tratta del manuale *Acquistare verde! Un manuale sugli appalti pubblici ecocompatibili*, del 2005, già citato e su cui più diffusamente nel corso della trattazione.

⁵⁴ Decisione del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1600/2002/CE del 22 luglio 2002, in G.U.C.E., L242 del 10 settembre 2002, p. 2.

⁵⁵ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Politica integrata dei prodotti. Sviluppare il concetto di “ciclo di vita ambientale”*, COM (2003) 302.

4. Il contributo della giurisprudenza

L'apertura della disciplina degli appalti pubblici a tematiche ambientali è stata favorita anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che ha contribuito con le sue pronunce ad attenuare la rigidità e la chiusura della normativa della contrattualistica pubblica, consentendole di superare l'ispirazione a criteri puramente economici. Nella breve analisi che segue, saranno presi in esame i principi e le linee guida delle più importanti sentenze, che sono quelli che permettono di cogliere il punto del dibattito e la sua importanza per gli sviluppi successivi, tralasciando lo stretto *decisum*, di secondaria importanza in questa sede.

È possibile ravvisare due distinte fasi⁵⁶ nella giurisprudenza europea. Inizialmente la Corte ha riconosciuto la possibilità di tenere conto nelle procedure di aggiudicazione, accanto ai tradizionali criteri economici, anche di interessi sociali, purché questi non producessero effetti discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti di offerenti provenienti da altri Stati membri, fossero adeguatamente pubblicizzati nel bando di gara e non andassero a ledere i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi. La prima pronuncia rilevante è la sentenza *Beentjes*⁵⁷, alla quale ne sono seguite altre sulla stessa scia⁵⁸.

In seguito la Corte si è occupata anche della introduzione di criteri non meramente economici nelle procedure di gara, con specifico riferimento alle considerazioni ambientali.

⁵⁶ S. BASTIANON, *Politiche dell'Unione Europea in tema di appalti verdi* in M. ANDREIS (a cura di) *I contratti pubblici tra principi interni e vincoli sovranazionali (mercato, ambiente, responsabilità)*, Giuffrè Editore.

⁵⁷ G. FIDONE, *op. cit.*, p. 855, nota (71) Corte di giustizia, 20 settembre 1988, causa C-31/87, *Beentjes c. Netherlands State*. In tale caso il Giudice comunitario si è pronunciato sulla compatibilità con la Direttiva 71/305 dell'esclusione di un offerente che non in grado di provvedere all'impiego di disoccupati stabili. La Corte afferma che l'impiego di lavoratori disoccupati stabili poteva legittimamente costituire una condizione supplementare imposta dalla stazione appaltante, purché non producesse effetti discriminatori e fosse adeguatamente pubblicizzata. Sul punto di veda: M. BROCCA, *Criteri ecologici nell'aggiudicazione degli appalti*, in *Urbanistica e Appalti*, 2003, 2, 168 ss.

⁵⁸ Si veda Corte di giustizia, 28 marzo 1995, C-324/93 *Evans Medical Ltd e Macfarlan Smith Ltd* nella quale il giudice comunitario ha ribadito la compatibilità di criteri non prettamente economici con la disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, a condizione che non siano forieri di discriminazione e siano oggetto di un'adeguata pubblicità; Corte di giustizia, 26 settembre 2000, causa C-225-98, *Commissione c. Francia, Commissione vs. Repubblica Francese*, la Corte precisa che un criterio di aggiudicazione privo di un valore economico diretto potesse essere determinate nella scelta dell'aggiudicatario solo nel caso di offerte economicamente equivalenti, rispetto alle quali il requisito sociale sarebbe stato un *quid pluris*.

La prima e più importante pronuncia in questo senso è la sentenza *Concordia Bus Finland*⁵⁹, di estrema importanza sia per il suo inserimento nel dibattito coevo (la sentenza è del 2002), sia e soprattutto perché in essa troviamo alcuni principi e soluzioni che ispireranno la compilazione delle successive direttive del 2004, anticipando e per certi versi precorrendo i tempi, come spesso accade nel rapporto continuamente dialettico tra giurisprudenza e fonti normative.

Il caso atteneva al bando di gara per la fornitura di autobus destinati al trasporto pubblico locale di Helsinki, nel quale il Comune aveva attribuito un apposito punteggio alle qualità ambientali, suscitando la reazione di un'impresa che, a suo dire, non aveva potuto aggiudicarsi l'appalto proprio in ragione del requisito ambientale. La Corte ha evidenziato dapprima che i criteri di aggiudicazione previsti dalle direttive europee sono elencati in maniera solo esemplificativa, osservando poi che gli stessi non devono avere necessariamente natura economica in ossequio al principio di integrazione, allora contemplato all' art. 6 del Trattato CE (il riferimento esplicito è alle caratteristiche estetiche, presenti tra i criteri utilizzabili, all'art. 36, n. 1, lett. a) della direttiva 92/50, all'epoca in vigore).

Con il riconoscimento quindi che anche fattori non meramente economici possono incidere sul valore di un'offerta per l'amministrazione aggiudicatrice si compie un deciso passo in avanti nello sganciamento dei criteri non economici, e quindi anche ambientali, da un ritorno economico diretto o indiretto per l'amministrazione, potendo ora questi requisiti configurarsi come idonei ad una valorizzazione dell'offerta non solo sul piano economico-quantitativo, ma anche su quello tecnico-qualitativo⁶⁰.

Il potere di scelta dei criteri di aggiudicazione dell'appalto riconosciuto all'amministrazione, tuttavia, non è illimitato: tale scelta deve pur sempre riguardare criteri volti ad individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa. Di conseguenza, secondo la Corte, poiché un'offerta si riferisce necessariamente all'oggetto dell'appalto, i criteri di attribuzione che possono essere presi in considerazione devono anch'essi essere collegati all'oggetto dell'appalto. Oltre a

⁵⁹ Corte di giustizia, sentenza 17 settembre 2002, causa C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab*.

⁶⁰ G. FIDONE, *op. cit.*

ciò, si sottolinea che i criteri di aggiudicazione scelti dall'amministrazione non devono conferire a quest'ultima una libertà incondizionata di scelta, devono essere espressamente menzionati nel capitolato d'appalto o nel bando di gara e devono rispettare tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, specialmente quello di non discriminazione⁶¹.

In una diversa ma di poco successiva occasione, con la sentenza *EVN AG*⁶², la Corte ha affrontato il problema della "misura" entro la quale i criteri ambientali possono legittimamente incidere nella scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il giudice comunitario nel fornire la propria interpretazione, oltre a ribadire tutti i principi enucleati ed esposti nella sentenza *Concordia Bus Finland*, ha precisato che le amministrazioni aggiudicatrici, così come possono scegliere liberamente i criteri di aggiudicazione dell'appalto, possono anche stabilire la ponderazione di questi ultimi, purché tale ponderazione consenta una valutazione sintetica dei criteri adottati per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa⁶³. Secondo la Corte "la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici non osta a che un'Amministrazione aggiudicatrice adotti, nell'ambito della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa per assegnare un appalto di fornitura di elettricità, un criterio di aggiudicazione che impone la fornitura di elettricità ottenuta da fonti di energia rinnovabili, collegato ad un coefficiente del 45%". Viceversa, è illegittimo quel criterio di aggiudicazione volto a richiedere una quantità di energia derivante da fonti rinnovabili di gran lunga superiore rispetto al previsto fabbisogno dell'appaltante, in quanto non più pertinente e collegato all'oggetto del contratto. Contestualmente e specificando ulteriormente il tema della necessità del collegamento con l'oggetto dell'appalto, la Corte di giustizia sancisce positivamente il principio secondo cui "la qualità ambientale deve riguardare

⁶¹ Corte di giustizia, sentenza 17 settembre 2002, causa C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab*, in Raccolta, p. I-7213. In dottrina R. CARANTA-M. TRYBUS, *The Law of Green and Social Procurements in Europe*, Copenhagen, DJØF, 2010; S. ARROWSMITH-P.KUNZLIK, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; C. ALBERTI, *Tutela ambientale, politica sociale e appalti: verso uno sviluppo sostenibile del Mercato unico. Primi interventi interpretativi della Commissione CE*, in *Riv. Trim. Appalti*, 2002.

⁶² Corte di giustizia, sentenza 4 dicembre 2003, causa C-448/01, *EVN AG et Wienstrom GmbH c. Republik Österreich*.

⁶³ G. GARZIA, *Bandi di gara per appalti pubblici e ammissibilità delle clausole c.d. ecologiche*, in *Foro Amm.*, 2003, p. 3515; D.-U. GALETTA, *Vizi procedurali e vizi sostanziali al vaglio della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2004, p. 317; V. DE FALCO, *L'utilizzo di fonti di energia rinnovabili come criterio di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2004, p. 889.

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”⁶⁴.

Anche nella successiva pronuncia *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*, la Corte affronta il problema del collegamento tra l'elemento verde e l'oggetto dell'appalto, sotto il profilo dei limiti entro i quali è consentito alle pubbliche amministrazioni ricorrere a criteri ambientali per la scelta del contraente⁶⁵. Nel caso di specie il criterio ambientale era stato utilizzato per scegliere, attraverso una procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara, l'impresa aggiudicataria di un contratto per il termo smaltimento di rifiuti, a cui era stato ritenuto applicabile l'art. 1, n. 3, della direttiva 92/50, che consentiva di ricorrere alla procedura in questione solo qualora fosse dimostrato che, a causa di motivi di natura tecnica o artistica o per ragioni attinenti a diritti esclusivi, un'unica impresa era effettivamente in grado di eseguire l'appalto in questione. Trattandosi di una norma di deroga rispetto alle disposizioni generali del Trattato essa è, a giudizio del giudice comunitario, da interpretarsi restrittivamente e l'onere di dimostrare la sussistenza delle condizioni che ne legittimano il ricorso grava su colui che intende avvalersene.

La Corte ha quindi riconosciuto e confermato che la possibilità per un'amministrazione aggiudicatrice di tenere conto di criteri riguardanti la tutela dell'ambiente si inserisce nelle diverse fasi di un procedimento di aggiudicazione, per cui non si può escludere a priori che una ragione tecnica di tutela ambientale, come quella in questione, possa essere considerata per valutare la possibilità di affidare l'appalto ad un unico e particolare prestatore di servizi⁶⁶.

⁶⁴ M. BRUGNOLI, *La responsabilità sociale e le procedure di scelta del contraente. Gli “appalti verdi”*, consultabile in www.lexitalia.it.

⁶⁵ Corte di giustizia, 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C-28/01.

⁶⁶ G. FIDONE, *op. cit.*, nota (79), p. 858. “La Corte non esclude in assoluto tale eventualità ma afferma che tale scelta dell'amministrazione debba essere considerata legittima solo laddove nessun altro strumento possa essere utilizzato, in modo egualmente efficace, per raggiungere il medesimo scopo. L'affidamento sarebbe, dunque, legittimo qualora quello prescelto sia effettivamente l'unico prestatore in grado di fornire un servizio conforme a un dato requisito di carattere ecologico”.

In linea con le impostazioni provenienti dal giudice comunitario, il Consiglio di Stato ha riconosciuto come la normativa nazionale e comunitaria non impedisca di considerare, in sede di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, criteri di aggiudicazione di carattere non strettamente economico, ma riferiti alle caratteristiche qualitative (comprese quelle ambientali) delle offerte⁶⁷. Come si legge chiaramente nella sentenza 4820/2001 della V sezione *“Parimenti, l'attribuzione di quaranta punti (su un totale di cento) tanto all'elemento del prezzo offerto, quanto al parametro della qualità del servizio risulta pienamente compatibile con il modello della licitazione privata svolta con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa”*. E ancora *“Non è condivisibile, poi, l'affermazione dell'appellante secondo cui gli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa dovrebbero essere tutti "elementi economicamente rilevanti". Al contrario, tanto la normativa comunitaria, quanto quella statale e regionale assegnano una spiccata rilevanza a fattori idonei ad evidenziare il dato qualitativo dell'offerta”*. E infine nelle conclusioni, alla lettera a): *“La preferenza accordata ai contenitori riciclabili rispetto a quelli "a perdere" risulta ragionevole, tenendo conto del minore costo ambientale. Tale profilo è accuratamente evidenziato dalla commissione”*.

Anche la giurisprudenza di primo grado si era già espressa nel senso della illegittimità di un bando di gara in cui tutti i criteri di scelta sulla base dei quali individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa erano riferibili unicamente al prezzo dei servizi e prodotti offerti, senza la menzione di alcun elemento qualitativo. Nella sentenza del TAR Piemonte in parola, interessante anche per la spiegazione che contiene della distinzione tra criterio del prezzo più basso e criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa⁶⁸, chiaramente leggiamo: *“Nel caso in*

⁶⁷ Cons. St., sez. V, 15 settembre 2001, n. 4820 in *Foro amm.*, 2001, p. 2386. Nello stesso senso Cons. St., sez. VI, 22 gennaio 2001, n. 192, in *Giur. it.*, 2001.

⁶⁸ Tar Piemonte, sez. II, 13 gennaio 2001, n. 12, in *Foro amm.*, 2001, p. 1247: *“Con il quarto motivo di ricorso, la società ricorrente ha censurato la violazione dell'art. 24, co. 1°, lett. B) del D.Lgs. n. 158/95 in quanto, seppur nel bando si sia fatto espresso richiamo al criterio di scelta indicato nella norma sopra richiamata, ossia quello della offerta economicamente più vantaggiosa, in realtà tutti i criteri di selezione hanno fatto riferimento unicamente al prezzo dei servizi oggetto di gara, seppur con varie modalità. Il Comune resistente ha dedotto che già nello schema di convenzione più volte citato erano state indicate le caratteristiche tecniche del servizio, sotto il duplice profilo sia quantitativo che qualitativo, per cui non*

esame, il bando di gara, a dispetto del richiamo in esso contenuto al criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, non ha assolutamente inserito elementi di scelta diversi dal prezzo, e comunque collegati a caratteristiche tecniche dell'attività da svolgersi o della futura concessionaria.

Infatti, anche se i criteri indicati nel bando appaiono diversamente articolati, fanno pur sempre riferimento unicamente al prezzo del servizio, inteso come corrispettivo globale della concessione oggetto di gara, senza minimamente introdurre sistemi di scelta afferenti altre caratteristiche.

Ne discende l'illegittimità del bando nella parte in cui, pur prevedendo l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, concretamente disattende tale principio finendo per applicare concretamente quello del prezzo, seppur con modalità per così dire "spurie", inserendo l'assegnazione di punteggi, del resto anche di incerta applicazione, in virtù delle considerazioni svolte sinora”.

L'analisi fin qui condotta, seguendo il filo rosso dello sviluppo sostenibile, e della sua declinazione come integrazione di considerazioni di tutela ambientale all'interno della disciplina della contrattualistica pubblica, ci ha condotto alle soglie dell'emanazione delle nuove direttive di settore del 2004, che assieme alle norme di recepimento e alla restante normativa attualmente vigente nel nostro paese, saranno oggetto di analisi dettagliata nel prossimo capitolo.

sarebbe stato necessario fissare nel bando ulteriori parametri di valutazione in ordine alle modalità di espletamento. Il motivo è fondato. Il d.lgs. n. 158/95, in materia di affidamento di servizi pubblici di rilevanza comunitaria, ha stabilito all'art. 24 due diversi criteri per la scelta del contraente: - il primo, di più semplice applicazione, è costituito dal prezzo più basso; - il secondo, più complesso, fa riferimento alla valutazione congiunta di singoli e diversi elementi, a cui viene attribuito uno specifico punteggio; a taluni di essi sono stati descritti esemplificativamente nella norma medesima, tra i quali vi rientra lo stesso prezzo. Ne consegue che tra i due criteri vi è una netta e sostanziale differenza; infatti, il criterio del prezzo tiene conto unicamente di un profilo di economicità, probabilmente sulla base del fatto che l'Amministrazione o ha già ben chiare le caratteristiche tecniche e le modalità di espletamento dell'attività da svolgersi e le ha puntualmente indicate nel bando, oppure è consapevole che le stesse sono patrimonio comune di quasi tutte le imprese operanti nel settore di riferimento; il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, invece, considera, oltre al prezzo, ulteriori elementi di selezione che attengono a modalità di espletamento del servizio o a caratteristiche dell'impresa partecipante. Ciò che rileva ai fini che interessano in questa sede è che il criterio di cui alla lett. b) dell'art. 24 considera quali elementi di selezione, oltre al prezzo, anche ulteriori caratteristiche del servizio o dell'impresa partecipante”.

Capitolo II

Le direttive del 2004 e il Codice dei contratti pubblici.

Le esperienze realizzate

Capitolo II

Le direttive del 2004 e il Codice dei contratti pubblici. Le esperienze realizzate

SOMMARIO: 1. Le direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE. 2. L'integrazione delle istanze ambientali nella disciplina sui contratti pubblici nelle direttive del 2004 e nel Codice dei contratti pubblici: a) Le disposizioni di principio; b) Le disposizioni puntuali: - L'oggetto del contratto e le specifiche tecniche; - La valutazione dei candidati: le ipotesi di esclusione; - La valutazione dei candidati: i requisiti di capacità tecnica; - La valutazione delle offerte e l'aggiudicazione dell'appalto; - La fase dell'esecuzione. 3. Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale sulle previsioni verdi degli appalti. 4. Il Piano di Azione Nazionale per il *Green public procurement* e i criteri ambientali minimi: a) Il PAN GPP; b) I criteri ambientali minimi; c) Gli acquisti verdi attraverso Consip. Qualche dato. 5. Politiche verdi nei contratti pubblici degli enti locali.

1. Le direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE

Il ricco dibattito riassunto nel primo capitolo è confluito nelle direttive di settore del 2004, da analizzare qui attraverso il prisma degli appalti verdi. Pur con questa preferenziale chiave di lettura volta alla ricerca dello sviluppo sostenibile all'interno della regolazione dei contratti pubblici, è necessario spendere qualche parola generale e introduttiva⁶⁹.

Le direttive in questione sono state l'occasione per una codificazione in forma vincolante dei principi elaborati dapprima dalla Commissione attraverso strumenti di *soft law* e, successivamente, dalla Corte di giustizia. La direttiva 2004/17/CE coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, mentre la direttiva 2004/18/CE è relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (direttiva c.d. unificata).

⁶⁹ Per un commento alle direttive del 2004, G. FIDONE, *Principi e disposizioni comuni*, in M. CLARICH, G. FIDONE, G. FONDERICO *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2010.

Scopo delle direttive era quello di razionalizzare e semplificare la normativa in materia di appalti pubblici, accorpandola in un unico testo legislativo che fosse organico⁷⁰. In particolare, gli obiettivi perseguiti dalle direttive in parola erano:

- la semplificazione della normativa esistente;
- l'aggiornamento della disciplina degli appalti pubblici alla luce delle novità tecnologiche ed economiche;
- il rafforzamento anche nel campo dei contratti pubblici, dei principi del Trattato e in particolare: la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento, la libera prestazione dei servizi, la parità di trattamento, la non discriminazione, il riconoscimento reciproco, la proporzionalità e la trasparenza⁷¹.

Tutti questi obiettivi erano funzionali ad assecondare i due filoni principali della direttiva e cioè da un lato il perseguimento dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza e dall'altro la ricerca della flessibilità delle procedure di aggiudicazione, viatico per il “*recupero della discrezionalità amministrativa*”⁷².

Come già osservato nel corso del primo capitolo, il problema dell'amministrazione pubblica è quello di scegliere il contraente più affidabile e la migliore offerta tra quelle presentate. Il rischio di una cattiva informazione, sia sotto l'aspetto della qualità del bene, che sotto quello delle caratteristiche del soggetto offerente, è molto concreto. La scelta deve essere condotta con una duplice attenzione, da un lato per la procedura di gara e dall'altro per il criterio di selezione, con la consapevolezza però che, sull'insegnamento della teoria economica e in particolare della teoria dei giochi⁷³, non esistono un criterio e una procedura di gara astrattamente ottimali, ma

⁷⁰ Per un esame puntuale della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici ed il suo recepimento nel d.lgs. 163/2006 si veda, tra gli altri, F. SAITTA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Cedam, 2008; M.A. SANDULLI, *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, 2008; R. DE NICTOLIS, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Giuffrè, 2007.

⁷¹ Considerando numero 2, direttiva 2004/18/CE

⁷² G. FIDONE, *L'integrazione degli interessi ambientali nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 134.

⁷³ G. COSTA e P.A. MORI, *Introduzione alla teoria dei giochi*, Il Mulino, 1994; G. GAMBARELLI, *Giochi competitivi e cooperativi*, Cedam, Padova, 1997; R. GIBSON, *Teoria dei giochi*, Il Mulino, Bologna, 1994;

che essi devono essere valutati volta per volta, basandosi sulle specifiche del caso concreto⁷⁴.

È necessario qualche breve cenno a questi profili di riflessione per chiarire meglio quel che nel primo capitolo abbiamo definito *deficit informativo* tra p.a. e privati operatori, approfondendo il rapporto tra questo deficit e la complessità dell'appalto, da un lato, e la tipologia di procedura e il relativo criterio di aggiudicazione dall'altro, scoprendo come questo abbia a che fare molto da vicino con gli appalti verdi.

La nozione di complessità dell'appalto può essere desunta dalla stessa norma dell'art. 58 del Codice dei contratti pubblici, ai sensi del quale possono essere considerati complessi gli appalti per i quali la stazione appaltante non sia oggettivamente in grado di definire i mezzi tecnici atti a soddisfare la sua necessità e i suoi obiettivi e di specificare l'impostazione giuridica o finanziaria di un progetto. La complessità di un appalto può dunque coinvolgere aspetti tecnici e progettuali, giuridici o finanziari⁷⁵.

In linea di principio una procedura di gara aperta è da preferire in caso di un bene facilmente producibile da un gran numero di operatori, favorendo così la massima partecipazione. Viceversa quando sia importante il possesso di particolari qualificazioni da parte dell'operatore economico ai fini della produzione di un determinato bene, la scelta dovrebbe cadere su una procedura ristretta.

Dal lato del criterio di aggiudicazione, se il bene di cui trattasi è un bene standardizzato, la scelta migliore sarà il prezzo più basso, mentre se è un bene con particolari caratteristiche qualitative, il criterio da preferire sarà quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, capace di comprendere in sé valutazioni ulteriori rispetto al mero costo.

Quando però l'appalto da aggiudicare sia talmente complesso, nel senso poc'anzi chiarito, da non rendere possibile una scelta consapevole da parte

A. SCHIANCHI, *Le strategie della razionalità. Un'introduzione alla teoria dei giochi*, Carocci, Roma, 1997; D.M. KREPS, *Teoria dei giochi e modelli economici*, Il Mulino, Bologna, 1992.

⁷⁴ Si vedano: M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, Giuffrè, Milano, 2001; L. PARISIO *Meccanismi d'asta*, Carocci, Roma, 1999.

⁷⁵ G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte efficienti*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2012, V, p. 820.

dell'amministrazione, con evidenti necessità di andare a colmare quel *deficit informativo* di cui sopra, aumenta l'utilità del ricorso a procedure di aggiudicazione più flessibili e orientate al confronto tra operatori economici e stazione appaltante.

Proprio su tali basi, la direttiva 18 ha previsto il ricorso al dialogo competitivo, all'art. 29 che prevede che “*Nel caso di appalti particolarmente complessi gli Stati membri possono prevedere che l'amministrazione aggiudicatrice, qualora ritenga che il ricorso alla procedura aperta o ristretta non permetta l'aggiudicazione dell'appalto, possa avvalersi del dialogo competitivo*”⁷⁶.

Con sempre più forza, anche nelle nuove direttive di settore del 2014 la direzione è quella di favorire procedure di aggiudicazione sempre più flessibili e *taylor-made*⁷⁷ e questo è molto importante per lo sviluppo degli appalti verdi. L'introduzione della considerazione di variabili ambientali all'interno della procedura di aggiudicazione è spesso fonte di aumento di complessità del contratto, sia dal punto di vista tecnico-operativo che da quello informativo. È chiaro quindi che più le procedure di aggiudicazione vanno nella direzione della flessibilità, più sarà naturale e “semplice” aumentare l'integrazione della “clausola ecologica”⁷⁸ nel diritto dei contratti pubblici.

Risulta altresì evidente che per cercare di combattere l'asimmetria informativa e il rischio di *selezione avversa*, si corrono altri rischi, primi fra tutti fenomeni di *aggiustamento pilotato* delle gare e fenomeni di *azzardo morale*. Il *trade off* che esiste tra il rischio di cattiva selezione e il rischio di collusione tra amministratori e imprese, non può essere in ogni caso combattuto ingessando le procedure. Nei casi in cui è intrinsecamente necessaria una maggiore flessibilità infatti, questo porterebbe sicuramente a minimizzare i rischi di fenomeni patologici, ma i risultati dal punto di vista della gara sarebbero allo stesso modo non soddisfacenti⁷⁹.

⁷⁶ A. BOTTO, *Manuale sui contratti pubblici*, dispense LUISS 2014, reperibili all'indirizzo <http://docenti.luiss.it/botto/materiali-didattici/>: “Il dialogo competitivo può essere qualificato come l'istituto probabilmente più caratterizzante il nuovo approccio di derivazione comunitaria, in quanto consiste in uno strumento estremamente duttile di confronto tra la domanda (rappresentata dalla mano pubblica) e l'offerta (ossia il mercato), alla ricerca del migliore punto di equilibrio, nell'interesse pubblico”.

⁷⁷ A. BOTTO, *Lezioni di Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, LUISS, 2014.

⁷⁸ Sentenza *Concordia bus Finland* in <http://curia.eu.int/>.

⁷⁹ A. BOTTO, *Manuale sui contratti pubblici*, dispense LUISS 2014 reperibili all'indirizzo <http://docenti.luiss.it/botto/materiali-didattici/>, in riferimento alla situazione pre-direttive del 2004 ma con

D'altra parte non è snaturando le impostazioni e gli obiettivi, tutti amministrativi, delle procedure di aggiudicazione, che si combattono meglio i fenomeni di malaffare. La maggiore flessibilità delle procedure di gara all'opposto è vitale, consentendo il recupero della discrezionalità amministrativa, essenziale per permettere a un'amministrazione che funziona la scelta dell'offerta migliore, che, in definitiva, una volta garantita la massima partecipazione possibile compatibilmente con le caratteristiche del contratto in concreto da aggiudicare, è il fine ultimo di una stazione appaltante⁸⁰.

Seguendo un'impostazione di questo tipo, risulta chiaro il peso sistematico e l'importanza dei controlli. Da un lato l'effettiva partecipazione alla gara di una molteplicità di soggetti che aspirano all'aggiudicazione dovrebbe almeno in parte fare da garanzia sull'operato della p.a., attraverso il controllo incrociato e reciproco delle offerte. Dall'altro lato e più a valle, i controlli *ex post* devono essere adeguati ed efficaci, al fine di evitare abusi, anche in riferimento allo specifico contesto dei singoli paesi, tra di loro molto differenti.

valutazioni generali allo stesso modo applicabili: “[...] Strumento principale di contenimento alla corruzione venne individuato nella adozione di moduli vincolati di azione delle pubbliche amministrazioni e nella contrazione dei margini di discrezionalità (tecnica) in capo alle stazioni appaltanti. Questo atteggiamento, di dubbia efficacia sul piano della lotta alla corruzione, ha finito per ingessare l'azione delle pubbliche amministrazioni e per creare notevoli difficoltà agli operatori del settore”.

⁸⁰ G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte ecoefficienti*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2012, pp. 834-835 e nota (35) “Anche nell'altra direttiva 2004/17/CE del 31 marzo 2004, relativa all'aggiudicazione degli appalti degli enti erogatori di acqua e di energia, nonché degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, possono essere rinvenute finalità analoghe a quelle appena descritte. Il legislatore comunitario, successivamente alle nuove modificazioni alla direttiva 93/38/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, ha ritenuto opportuno, per motivi di chiarezza, procedere alla raccolta delle disposizioni previste dalla predetta direttiva in un unico testo. Anche in questo caso, il filo rosso può essere considerato quello dell'apertura dei mercati in questione alla concorrenza. Infatti, una delle ragioni principali per le quali si è reso necessario un coordinamento delle procedure di aggiudicazione, è stato il carattere chiuso di tali mercati, dovuto alla concessione da parte degli Stati membri di diritti speciali o esclusivi, per l'approvvigionamento, la messa a disposizione o la gestione di reti che forniscono il servizio nei settori richiamati. Anche in questo ambito, dunque, viene in rilievo un altro, ma connesso, aspetto relativo alla tutela della concorrenza: l'esigenza di prevedere misure di liberalizzazione dei settori sopra indicati finalizzate a garantire la graduale e completa apertura dei mercati alla libera concorrenza. In questo senso: Corte costituzionale, sent. n. 414 del 2007”.

2. L'integrazione delle istanze ambientali nella disciplina sui contratti pubblici nelle direttive del 2004 e nel Codice dei contratti pubblici

a) Le disposizioni di principio

Nel contesto descritto, il formale riconoscimento della definitiva apertura della disciplina dell'Unione europea in materia di appalti pubblici a considerazioni di natura ambientale (e sociale) emerge da diverse disposizioni delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE⁸¹.

Al Considerando 1 della direttiva 18 è affermata la *“possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di soddisfare le esigenze del pubblico interesse, tra l'altro in materia ambientale e sociale, purché tali criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto, non conferiscano all'amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati e rispettino i principi fondamentali di cui al considerando 22”*⁸²; al Considerando 5, oltre ad essere richiamato il principio di integrazione è ribadito che *“la presente direttiva chiarisce 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”*.

Il Considerando 12 della direttiva 17 ricalca le disposizioni appena nominate, per cui si può affermare che nei preamboli è illustrata la filosofia di fondo delle due direttive per introdurre il *green public procurement* nella disciplina comunitaria. Le amministrazioni possono richiedere l'applicazione di misure o sistemi di gestione ambientale nei casi appropriati, cioè *“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”*⁸³.

⁸¹ In materia di appalti verdi si veda anche M. CLARICH-G.FIDONE, *Le considerazioni di variabili ambientali nella scelta del contraente (i cosiddetti appalti verdi)*, Relazione presentata a Roma il 15 novembre 2013 al Convegno tenutosi sul tema degli appalti pubblici alla Camera dei Deputati.

⁸² Chiara la trasfusione nelle disposizioni della direttiva del punto di arrivo dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia sul punto dei limiti della considerazione di variabili ambientali e sociali nelle procedure di aggiudicazione, come visto nel cap I.

⁸³ M. OCCHIENA, *Norme di gestione ambientale*, in M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, II, 1471.

La legittimità di tali criteri è configurabile a condizione che essi siano pertinenti rispetto all'oggetto dell'appalto⁸⁴, previamente pubblicati e rispettosi dei principi fondamentali del diritto comunitario, come la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, la parità di trattamento, la non discriminazione, il principio di trasparenza e proporzionalità. In altre parole, si tratta di conciliare la tutela dell'ambiente con quella della concorrenza, non solo nell'ottica di sanarne la contrapposizione, ma anche e soprattutto nell'ottica della conciliabilità: la direttiva si pone l'obiettivo di orientare le pubbliche amministrazioni verso l'acquisto di beni, servizi e lavori con caratteristiche di eco-efficienza, stimolando al contempo le imprese produttrici ad immettere sul mercato prodotti con tali caratteristiche e fornendo di conseguenza nuova linfa e nuovo stimolo al mercato⁸⁵. Non si tratta “*di una diminuzione di attenzione rispetto alla protezione dei valori della concorrenza in favore delle nuove istanze sociali e ambientali, ma del definitivo riconoscimento della necessità di coniugare tali istanze non economiche con i meccanismi tipici del mercato concorrenziale*”⁸⁶.

In ambito nazionale è solo con il Codice dei contratti pubblici, il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che la “*cura ambientale ha fatto il suo ingresso ufficiale*” nella normativa nazionale sugli appalti pubblici⁸⁷. Anche a livello nazionale la codificazione legislativa ha rappresentato il tentativo di ricondurre ad unitarietà la materia nel settore degli appalti, “*attraverso il recepimento fedele delle istanze verdi contenute nelle direttive*”⁸⁸ e per quel che attiene al presente oggetto di analisi,

⁸⁴ C. COLOSIMO, *L'oggetto del contratto, tra tutela della concorrenza e pubblico interesse*, in G. D. COMPORTI, *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011. Come ribadito dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici nel parere n 110 del 27 maggio 2010 è facoltà della pubblica amministrazione prevedere dei requisiti di partecipazione diversi ed ulteriori rispetto a quelli legali, sempre che risultino logici, ragionevoli e conformi allo scopo perseguito, così da non restringere oltre misure il novero dei potenziali concorrenti e creare una situazione ingiustificata di privilegio. In giurisprudenza si veda Cons. St., sez. V, n. 8914 del 29 dicembre 2009; Cons. St., sez. V., n. 6534 del 23 dicembre 2008; Tar Molise, sez. I, n. 107 del 2 aprile 2008; Cons. St., sez. VI, n. 2304 del 3 aprile 2007.

⁸⁵ M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2007, n. 1, p. 219 e ss. Nello stesso senso M. CAFAGNO-F. FONDERICO, *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell'ambiente*, in P. DELL'ANNO- E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova, Cedam, 2012.

⁸⁶ G. FIDONE, *L'integrazione degli interessi ambientali nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, cit., 2013, p. 140.

⁸⁷ G. MASTRODONATO, *Gli strumenti privatistici nella tutela amministrativa dell'ambiente*, in *Riv. Giur. ambiente*, 2010, V, p. 707 e ss. Sul punto vds. oltre, par. 3.

⁸⁸ G. FIDONE, *op. cit.*, nota 17.

si è occupata degli appalti eco-compatibili in numerose norme⁸⁹, arrivando in alcuni punti a fornire “*input più vigorosi di quelli di matrice comunitaria*”⁹⁰.

Sulla scorta delle disposizioni comunitarie e in piena sintonia con la direzione che aveva preso il dibattito di quegli anni, anche il legislatore italiano riconosce quella necessaria integrazione fra politiche, superando la ormai datata concezione della contrattualistica pubblica come disciplina improntata esclusivamente a ragioni economicistiche e quindi al risparmio di spesa per la pubblica amministrazione⁹¹. Questi obiettivi orientano l’esercizio del potere discrezionale secondo la logica del bilanciamento di interessi, in questo caso mettendo sul piatto della bilancia da un lato il mercato e dall’altro la tutela dell’ambiente, secondo il paradigma dello sviluppo sostenibile. Troviamo espressione di tutto questo all’art. 2 del Codice, relativo ai principi generali. In particolare il primo comma così recita: “*L’affidamento e l’esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l’affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice*”⁹²; mentre il secondo comma: “*Il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri,*

⁸⁹ *Ex multis* gli artt. 2, 64, 68, 69, 53, 83 del Codice, di cui oltre.

⁹⁰ A. MASSARI, *Nuova linfa agli appalti verdi nel collegato alla legge di stabilità*, in *Appalti e contratti*, 2013, 11, p. 2-3.

⁹¹ A. BOTTO, *Manuale sui contratti pubblici*, Dispense LUISS 2014 reperibili all’indirizzo <http://docenti.luiss.it/botto/materiali-didattici/>, “Il principio cardine su cui ruota la disciplina del Codice dei contratti pubblici è quello della tutela del libero mercato, in diretta derivazione dei principi fondamentali dell’Unione europea; da ciò consegue l’abbandono del modello giuscontabilistico che aveva in precedenza caratterizzato il *public procurement* (specialmente in materia di opere pubbliche)”.

⁹² È importante ricordare che tra tali principi, quelli del primo periodo sono desumibili anche dall’art. 97 della Costituzione e sono riferiti dallo stesso art. 2 del d.lgs. 163/2006, tanto alla fase della aggiudicazione quanto alla fase dell’esecuzione del contratto. Trovano, dunque, applicazione oltre la fase pubblicistica dell’aggiudicazione del contratto ed investono anche quella privatistica della sua esecuzione. Viceversa i principi del secondo periodo dello stesso articolo 2, comma 1, sono principi, di derivazione comunitaria, che governano la sola fase dell’aggiudicazione del contratto. Sul tema, diffusamente, R.E. IANIGRO, *Commento all’art. 2*, in R. GAROFOLI, G. DE LISE, *Codice degli appalti pubblici e nuova direttiva ricorsi*, Tomo I, Nel diritto Editore, Roma, 2009, 17; G. FIDONE, *Principi e disposizioni comuni*, in M. CLARICH, G. FIDONE e G. FONDERICO *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2010.

*previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile*⁹³.

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

L'ambiente assurge quindi ad oggetto di nuova considerazione: non più un freno allo sviluppo, ma un valore da integrare e bilanciare nelle logiche economicistiche fino al punto, in alcuni casi, di poter prevalere su di esse. Con una precisazione. Questa possibile “cedevolezza” a fronte di esigenze ambientali, vale solo per il principio di economicità, e non per gli altri. Infatti, come si evince *a contrario* dalla formulazione del secondo comma dell'art. 2 in parola, mentre i principi di libera concorrenza, proporzionalità, trasparenza, parità di condizione e non discriminazione non cedono di fronte ad esigenze di tutela ambientale, la pubblica amministrazione è tenuta al rispetto del principio di economicità (e dei suoi corollari) a condizione che lo stesso non sia di ostacolo al perseguimento di altre finalità pubbliche, inclusa esplicitamente la tutela dell'ambiente. E ancora, dato che il principio di economicità è riferito tanto alla fase dell'aggiudicazione del contratto quanto a quella dell'esecuzione dello stesso, anche il temperamento di tale principio in ragione di esigenze verdi può trovare applicazione in entrambe le fasi. La disposizione in esame dunque ha una portata che va oltre la fase pubblicitica dell'aggiudicazione del contratto e investe anche quella privatistica della sua esecuzione⁹⁴.

⁹³ M. OCCHIENA, *Norme di gestione ambientale, cit.*, 1465, precisa: “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”.

⁹⁴ G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte ecoefficienti*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2012, V, p. 838.

La cedevolezza del principio di economicità all'interno dei criteri del bando presuppone, tuttavia, una norma di legge che la legittimi, e che ne dia copertura: ancora il secondo comma dell'art. 2 prevede che ciò avvenga “[...] entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice”.

Questo comporta una sorta di “relativizzazione”⁹⁵ del principio. In mancanza, ogni clausola o prescrizione diretta a subordinare l'economicità ad altri interessi, anche di natura ambientale, risulterebbe inammissibile.

b) Le disposizioni puntuali

Partendo da quanto appena detto a proposito della deroga di principio posta dall'art. 2 comma 2 del Codice dei contratti pubblici, è evidente l'importanza dell'individuazione delle norme di legge, principalmente dello stesso Codice, che consentono l'applicazione della deroga in questione. Dette norme sono da leggere all'unisono con le disposizioni della direttiva e in molti casi ne sono la mera riproduzione.

Prima di entrare nei dettagli delle previsioni normative, è utile spiegare il *modus operandi* adottato per la prosecuzione del lavoro. Sulla falsariga della Comunicazione su *Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*, COM (2001) 274, affrontata nel primo capitolo, la possibilità di integrare variabili verdi nella procedura di aggiudicazione sarà analizzata seguendo l'*iter* cronologico e soffermando la trattazione sui momenti più importanti in cui l'incontro tra le due esigenze della tutela del mercato e della salvaguardia dell'ambiente si concretizza nel segno dello sviluppo sostenibile⁹⁶. Dal punto di vista del “metodo” è interessante fare riferimento al manuale *Acquistare verde! Un manuale sugli appalti*

⁹⁵ M. P. CHITI, *I principi*, in M. A. SANDULLI- R. DE NICTOLIS-R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2008, p. 164.

⁹⁶ “La possibilità di prendere in considerazione l'elemento ambientale differisce a seconda della tipologia di appalto. Negli appalti di lavori, i quali comprendono non solo l'opera finale ma anche la progettazione e l'esecuzione dei lavori, la fase della progettazione offre maggiore possibilità di tenere conto delle esigenze ambientali. Gli appalti di servizi comportano la possibilità di prevedere determinate modalità di esecuzione. Gli appalti di forniture, al contrario, offrono minori possibilità di valutazione in merito all'elemento ambientale, limitandosi a considerarlo soltanto nella fase della scelta della fornitura”. Comunicazione interpretativa COM (2001) 274.

pubblici ecocompatibili già citato, pubblicato dalla Commissione europea nel 2005. Esso fornisce, a titolo esemplificativo, un'ampia casistica di possibili soluzioni da integrare nelle procedure di aggiudicazione in modo da orientarle alla tutela ambientale. Per farlo, ancora una volta viene seguita la scansione di una procedura di aggiudicazione, entrando nello specifico delle varie fasi e chiarendo meglio le possibilità di “*colorarle di verde*”⁹⁷. Pubblicando il manuale in parola e nonostante il suo rango di documento interpretativo, la Commissione fornisce una sorta di “interpretazione autentica” delle disposizioni delle direttive, guidando gli stati nel loro recepimento e dando un chiaro segnale della direzione da prendere sul terreno concreto dell'applicazione pratica delle disposizioni di *green public procurement*.

- L'oggetto del contratto e le specifiche tecniche

La prima occasione per tenere conto del requisito ambientale viene individuata nel momento della scelta dell'oggetto dell'appalto⁹⁸ (comprensiva della fase della progettazione) che costituisce un momento di ampia libertà per la pubblica amministrazione in quanto “*la legislazione in materia di appalti pubblici non è particolarmente interessata a che cosa comprano gli enti aggiudicatori, ma piuttosto a come comprano*”⁹⁹. In questa fase le stazioni appaltanti godono di un'ampia discrezionalità nella valutazione dell'elemento ambientale, non dovendo sottostare a disposizioni comunitarie obbligatorie in merito alla scelta dell'oggetto del contratto pubblico.

Le amministrazioni aggiudicatrici sono, pertanto, libere di definire l'oggetto dell'appalto nella maniera che ritengono maggiormente rispondente agli obiettivi da perseguire. L'inserimento della variabile ambientale però “*non deve comportare la*

⁹⁷ G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte ecoefficienti*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2012, V, p. 842.

⁹⁸ C. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, Unione tipografico-editrice torinese, 1962. P. 396 Per oggetto del contratto (art. 53) si intende il contenuto della prestazione dell'appaltatore: il bene determinato o il servizio che l'attività dell'appaltatore deve produrre o conferire nel caso specifico. Nel codice dei contratti pubblici tale previsione è contenuta nell'art. 11 comma 2 con il quale è stata generalizzata la previsione di cui all'art. 192 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 ove è previsto che “La stipulazione dei contratti deve essere preceduta da apposita determinazione del responsabile del procedimento di spesa indicante a) il fine che con il contratto si intende perseguire; b) l'oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali; c) le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base”.

⁹⁹ Manuale *Acquistare verde!* della Commissione europea, 2005, p. 14.

creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura della procedura di gara alla massima concorrenza, con la conseguenza che i suddetti criteri devono trovare una chiara ed espressa menzione nel capitolato d'appalto o nel bando di gara, se possibile nell'ordine decrescente dell'importanza loro attribuita, affinché gli imprenditori siano posti in grado di conoscere la loro esistenza e la loro portata"¹⁰⁰.

Sia il legislatore comunitario che quello nazionale individuano nel bando di gara (di cui all'art. 64 d.lgs. 163/2006) il primo reale approccio dell'amministrazione aggiudicatrice con il mercato, in cui si porta a conoscenza la "volontà" di aggiudicare un appalto. In esso sono contenuti tutti gli elementi prescritti dal legislatore ed è quindi prevista la possibilità di menzionare le clausole ecologiche, in ossequio ai principi di pubblicità e trasparenza. Rispetto a tale momento, deve essere anche ricordato che le pubbliche amministrazioni, se da un lato come già ricordato sono in linea di principio libere di scegliere l'oggetto del contratto da aggiudicare in relazione ai propri bisogni, dall'altro devono sempre tenere presente il principio secondo il quale l'oggetto dell'appalto non deve mai "*essere definito con l'obiettivo o il risultato di riservare alle imprese nazionali, a scapito dei candidati di altri Stati membri, la possibilità di concorrere alla sua aggiudicazione*"¹⁰¹. Quindi anche le scelte ecologiche, laddove consentite, non devono avere l'effetto di creare una disparità tra concorrenti¹⁰².

Una volta definito l'oggetto dell'appalto, per prestazioni o per requisiti funzionali¹⁰³, esso va tradotto in specifiche tecniche, ovvero in criteri minimi di conformità, la cui funzione è quella di attirare potenziali concorrenti e di metterli a

¹⁰⁰ 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.

¹⁰¹ Corte di giustizia, 22 dicembre 2008, causa C-333/07, *Société Régie Networks c. Direction de contrôle fiscal Rhône-Alpes Bourgogne*.

¹⁰² In tale senso, si legga anche la Comunicazione della Commissione 2001 (274) per la quale le specifiche tecniche avrebbero potuto essere specificate in modo utile da selezionare beni o servizi verdi, a patto che non vi fossero indebite restrizioni della concorrenza, attraverso la creazione di vantaggi competitivi in favore di un numero limitato di imprese. In tale ambito, poteva essere considerata anche l'opportunità di dare rilevanza ai marchi ecologici, ai quali si è già fatto riferimento. Rispetto a tale eventualità, la Commissione precisava che gli enti aggiudicatori avrebbero comunque dovuto consentire a ogni offerente di provare l'equivalenza del proprio prodotto eventualmente sprovvisto di marchio a quello che ne era provvisto.

¹⁰³ La Commissione europea, nel manuale *Acquistare verde!* del 2005, afferma che "un approccio basato sulle prestazioni di solito offre maggiori opportunità alla creatività del mercato e in alcuni casi rappresenta una sfida per il mercato nello sviluppo di soluzioni tecniche innovative".

conoscenza delle caratteristiche dell'appalto, in modo da valutare l'opportunità o meno della partecipazione alla gara. Le specifiche tecniche *“definiscono in modo obiettivo¹⁰⁴ e misurabile le caratteristiche dell'oggetto del contratto e hanno, quindi, necessariamente un rapporto diretto con lo stesso”¹⁰⁵.*

L'importanza di questo momento, anche ai fini del *green public procurement*, e la sua incidenza sul prosieguo della procedura, è enorme: la più volte citata comunicazione COM 2001 (274) della Commissione¹⁰⁶ poneva l'accento sul ruolo delle specifiche tecniche quale momento che consente di valorizzare massimamente la considerazione di variabili ambientali nella procedura, essendo il momento più “permeabile” per l'integrazione di queste nel procedimento di gara.

Il Considerando (29) della direttiva 2004/18/CE ammette esplicitamente la possibilità di introdurre requisiti ambientali in sede di determinazione di tali specifiche: *“Le amministrazioni aggiudicatrici che desiderando definire requisiti ambientali nelle specifiche tecniche di un determinato contratto possono prescrivere le caratteristiche ambientali, quali un metodo di produzione determinato, e/o gli effetti ambientali specifici di gruppi di prodotti o di servizi”*. Le amministrazioni, prosegue la direttiva *“possono utilizzare, ma non vi sono obbligate, le specifiche adeguate definite dall'ecoetichettatura [...] purché i requisiti per l'etichettatura siano elaborati ed adottati in base ad informazioni scientifiche mediante un processo cui possono partecipare le parti interessate, [...] e purché l'etichettatura sia accessibile e disponibile per tutte le parti interessate”*.

¹⁰⁴ Le direttive vietano di menzionare, nelle specifiche tecniche, prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza ovvero ottenuti mediante un particolare procedimento e che abbiano l'effetto di favorire o escludere determinati fornitori o prodotti. In particolare, l'indicazione di marchi, brevetti o tipi, ovvero l'indicazione di un'origine o di una produzione determinate è autorizzata solo quando non sia possibile fornire una descrizione dell'oggetto dell'appalto mediante specifiche sufficientemente precise e comprensibili per tutti gli interessati. Tale indicazione dev'essere sempre accompagnata dalla menzione “o equivalente” nei casi in cui le direttive consentono questa eccezione.

¹⁰⁵ M. CALABRÒ, *op. cit.* La stessa giurisprudenza, ha specificato che la loro introduzione all'interno di un bando di gara è da considerarsi legittima a condizione che attengano all'oggetto dell'appalto e siano espressamente menzionati nel bando di gara in modo da evitare un'eccessiva libertà di scelta in capo all'amministrazione aggiudicatrice e nel rispetto dei principi fondamentali del diritto comunitario.

¹⁰⁶ Comunicazione interpretativa COM (2001) 274, cit., per determinate specifiche tecniche idonee a tutelare l'ambiente, la Comunicazione consiglia sia di ricorrere a criteri adottati per l'assegnazione di marchi ecologici sia di consentire la presentazione di varianti. Tale orientamento della Commissione ha ricevuto veste legislativa con l'adozione della direttiva 2004/18 CE la quale stabilisce che le amministrazioni sono legittimate a definire specifiche tecniche facendo ricorso ai criteri utilizzati per le eco-etichettature, così che i materiali, i prodotti o i servizi relativi all'appalto siano ecocompatibili.

È importante notare che ai sensi dell'art. 23 della direttiva, se è vero che le amministrazioni aggiudicatrici possono presumere come conformi alle prescrizioni tecniche indicate nei capitolati d'oneri i prodotti o i servizi muniti di eco-etichetta, è altrettanto vero che qualsiasi altro mezzo di prova, idoneo a dimostrare il rispetto di tali prescrizioni, deve essere accettato (principio di equivalenza), in ossequio ai principi della massima concorrenza possibile e della parità di trattamento e di non discriminazione che permeano da ogni disposizione, anche di dettaglio, in materia.

Sul fronte nazionale, il legislatore recepisce le indicazioni comunitarie a proposito di specifiche tecniche all'art. 68 del Codice¹⁰⁷, configurandolo sulla falsariga delle disposizioni della direttiva e ponendo particolare attenzione a dipingere le specifiche come strumento attraverso il quale la normativa comunitaria e nazionale garantiscono la concorrenza e il rispetto della leale competizione tra imprenditori¹⁰⁸: al secondo comma dell'art. 68, *“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”*¹⁰⁹. Peraltro occorre segnalare che il d.d.l. collegato alla legge di stabilità per il 2014 prevede all'art. 12, *“Applicazione di criteri ambientali minimi negli appalti pubblici per le forniture e negli affidamenti di servizi”*, l'introduzione dell'art. 68-bis concernente l'applicazione dei criteri ambientali minimi nelle procedure di gara per forniture e servizi, espressione di un cambiamento irreversibile nella politica di tutela ambientale¹¹⁰.

¹⁰⁷ Tali specifiche, peraltro, “sono valutazioni di merito riservate all'Amministrazione che non sono sindacabili dal Giudice amministrativo, se non si rivelano affette da evidenti irrazionalità o errori”, Consiglio di Stato, Sez. V, 8 settembre 2008, n. 4272.

¹⁰⁸ S. TOSCHEI, in *Codice dei contratti pubblici annotato con dottrina e giurisprudenza*, sub Art. 68, a cura di A. MAGGIO - G. STERI, 2010, p. 512.

¹⁰⁹ (50) L'art. 68 comma 13 del d.lgs. 163/2006 precisa che “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 »”. Sul tema si vedano: T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 2 dicembre 2008, n. 1553; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 13 marzo 2007, n. 797.

¹¹⁰ Si tratta dell'Atto del Senato n. 1676 “Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di *green economy* e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali”, già approvato dalla Camera dei deputati e ora in fase di esame in commissione al Senato. Su tutto ciò che riguarda i criteri ambientali minimi, lo stesso collegato ambiente e l'evoluzione della normativa nel nostro paese, si veda *infra* nella trattazione.

Anche nelle norme di recepimento quindi troviamo chiara espressione del principio di equivalenza¹¹¹, che consente a ciascun partecipante alla gara di dimostrare che le proprie soluzioni, pur non strettamente conformi alle specifiche tecniche individuate dalla stazione appaltante, sono comunque in grado di soddisfare i requisiti richiesti, per i quali erano state dettate quelle specifiche. Quando questa equivalenza è dimostrata, è precluso all'amministrazione respingere l'offerta¹¹².

L'importanza del principio di equivalenza va oltre la sua funzione di consentire la massima partecipazione alla gara poiché, per come è configurato, potrebbe stimolare la produzione sostenibile, spingendo alla ricerca di nuove tecnologie e metodologie produttive eco-compatibili¹¹³, rendendo anche in questo caso un esempio di come gli strumenti di GPP da un lato siano perfettamente compatibili con la concorrenza, e dall'altro come essi possano avere una funzione di rilancio dell'economia in senso lato, stimolando la domanda e quindi anche l'offerta di nuove tecnologie e, attraverso queste leve, la ricerca scientifica nel settore.

A livello codicistico le stazioni appaltanti “*quando prescrivono caratteristiche ambientali in termini di prestazioni o di requisiti funzionali*” possono utilizzare le specifiche dettagliate, “*quali sono definite dalle eco-etichettature europee (multi)nazionali o da qualsiasi altra eco-etichettatura*”¹¹⁴. Inoltre le stazioni appaltanti possono presumere che i prodotti o servizi muniti di eco-etichettatura

¹¹¹ (51) Il comma 4 dell'art. 68 attesta che “le stazioni appaltanti non possono respingere un'offerta per il motivo che i prodotti e i servizi offerti non sono conformi alle specifiche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta l'offerente prova in modo ritenuto soddisfacente dalle stazioni appaltanti, con qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni da lui proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche”.

¹¹² Sul punto, si vedano: T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 19 maggio 2009, n. 3758, per il quale, ai sensi dell'art. 68 comma 4 del codice “non è consentito alle stazioni appaltanti respingere un'offerta per il motivo che i prodotti ed i servizi offerti non sono conformi alle specifiche di riferimento, se nell'offerta stessa è data prova, con qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni proposte corrispondano in maniera equivalente ai requisiti richiesti dalle specifiche tecniche»; T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 17 febbraio 2009, n. 197 per il quale il principio di equivalenza ha « la funzione di garantire e promuovere la maggior apertura concorrenziale tanto nell'ambito del singolo procedimento di affidamento (il che si collega col tradizionale principio del *favor participationis* nelle gare pubbliche), quanto nel generale mercato degli appalti pubblici”.

¹¹³ In questo senso G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte ecoefficienti*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2012, p. 846.

¹¹⁴ Art. 68 comma 9 d.lgs. 163/2006. Si tratta delle etichette verdi, che sono utilizzabili quando ricorrano le condizioni previste dalla medesima norma, ovvero “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 eco-etichettature 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”.

siano conformi alle specifiche tecniche così come definite dalla stessa amministrazione nel bando, ma le stesse amministrazioni “*devono accettare qualsiasi altro mezzo di prova appropriato, quale una documentazione tecnica del fabbricante o una relazione di prova di un organismo riconosciuto*”¹¹⁵, dando sostanza e declinando anche qui il già citato principio di equivalenza.

Concludendo sull’argomento, occorre menzionare le cosiddette “*varianti verdi*”, cioè la possibilità, espressamente prevista nella Comunicazione della Commissione 2001 (274), che le amministrazioni chiedano agli offerenti di aggiungere miglioramenti ambientali alle specifiche tecniche già definite. Questo può accadere ad esempio nel caso che l’ente non sia in grado al momento della formulazione del bando di avere il *know-how* necessario per inserire richieste verdi tra le specifiche tecniche. Non è altro che una declinazione pratica del ragionamento fatto sul rapporto tra *deficit informativo* delle amministrazioni, che è massimo quando c’è di mezzo la considerazione di elementi eco-sostenibili, e la conseguente necessità di flessibilità delle procedure. In questo modo si può arrivare a colmare tale squilibrio senza precludere la possibilità di inserire nei bandi quegli elementi di valutazione che sono all’origine del *deficit* in parola, ma che sono parimenti essenziali per integrare politiche sociali o ambientali nel diritto dei contratti pubblici.

In ogni caso non è presente nessun riferimento esplicito alle “*varianti verdi*” nelle direttive e nel Codice ma nonostante ciò “*qualora [la variante verde] sia espressamente contemplata dai documenti di gara (in modo da salvaguardare parità di trattamento tra i concorrenti), deve ritenersi ammissibile, oltretutto coerente con i principi del diritto comunitario*”¹¹⁶.

- La valutazione dei candidati: le ipotesi di esclusione

La fase intermedia della procedura di aggiudicazione consiste nella valutazione tecnica dei candidati e dei loro requisiti di ordine morale da parte

¹¹⁵ Art. 68, comma 12, Codice contratti pubblici.

¹¹⁶ G. FIDONE, *op. cit.*, p. 847.

dell'amministrazione. La selezione avviene prevedendo ipotesi di esclusione dalla procedura o imponendo agli stessi particolari requisiti di capacità tecnica.

Con riguardo alle ipotesi di esclusione, la direttiva 18/2004 elenca varie situazioni in cui è consentito all'amministrazione prevedere ipotesi di esclusione dalla procedura, in generale e con specifico riferimento a considerazioni di carattere ambientale¹¹⁷. Può infatti non essere ammessa a continuare la gara quell'impresa *“nei cui confronti sia stata pronunciata una condanna con sentenza passata in giudicato conformemente alle disposizioni di legge dello Stato, per un reato che incida sulla sua moralità professionale”*¹¹⁸, con la possibilità di far rientrare in questa definizione i reati ambientali, come stiamo per vedere a proposito della normativa interna.

In ambito nazionale il Codice recepisce le norme in questione all'art. 38, stabilendo l'esclusione del candidato che sia stato condannato con sentenza passata in giudicato o altro provvedimento del giudice penale equiparato, per *“reati gravi”* e che *“incidono sulla moralità professionale”*, ovvero in presenza di reati inerenti l'attività professionale svolta e idonei a testimoniare il mancato rispetto dei principi di deontologia professionale. La dottrina¹¹⁹ si è interrogata sulla possibilità di far rientrare all'interno di queste formule la condanna inerente reati ambientali: la parola definitiva comunque sulla valutazione circa la reale incidenza sulla moralità professionale di questo tipo di condanne è rimessa alle singole stazioni appaltanti,

¹¹⁷ Direttiva 18/2004 CE considerando 43 :*“Occorre evitare l'aggiudicazione di appalti pubblici a operatori economici che hanno partecipato a un'organizzazione criminale o che si sono resi colpevoli di corruzione o di frode a danno degli interessi finanziari delle Comunità europee o di riciclaggio dei proventi di attività illecite. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero richiedere, all'occorrenza, ai candidati/offerenti i documenti appropriati e, in caso di dubbi sulla loro situazione personale, potrebbero chiedere la cooperazione delle autorità competenti dello Stato membro interessato. L'esclusione di detti operatori economici dovrebbe intervenire non appena l'amministrazione aggiudicatrice è a conoscenza di una sentenza relativa a tali reati, emessa conformemente al diritto nazionale e avente un carattere definitivo che le conferisce autorità di cosa giudicata. 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”*.

¹¹⁸ Art. 45, comma 2, lett. c) della direttiva 2004/18/CE.

¹¹⁹ G. L. ROTA e G. RUSCONI, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* 2009; AA.VV., *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori servizi e forniture*, a cura di M. SANNINO; R.DE NICTOLIS, a cura di, *I contratti pubblici di lavori servizi e forniture*, 2011.

secondo una scelta discrezionale da motivare adeguatamente¹²⁰. Tuttavia, come più volte chiarito dalla giurisprudenza, “*l’esistenza di un precedente penale non comporta automaticamente un giudizio negativo sulla moralità professionale del concorrente aspirante aggiudicatario di un appalto pubblico (dovendo valutarsi alla stregua della sua rilevanza con l’oggetto della gara, dell’entità della pena, del tempo trascorso dalla commissione del fatto, etc.)*”¹²¹.

- La valutazione dei candidati: i requisiti di capacità tecnica

Per quanto riguarda il secondo profilo di valutazione dei candidati, le direttive in materia di appalti prevedono alcuni criteri di selezione che possono essere scelti dalle amministrazioni allo scopo di verificare la capacità tecnica dei concorrenti. Nei bandi e nei capitolati di quei contratti pubblici relativi alla gestione dei rifiuti, alle attività di costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici e, più in generale, in quegli appalti la cui esecuzione può determinare danni all’ambiente, le amministrazioni possono richiedere il possesso di una specifica competenza tecnica a livello ambientale¹²², come la capacità di contenere al minimo la produzione dei rifiuti o il rilascio di sostanze inquinanti. In giurisprudenza è stato inoltre riconosciuto che, purché coerenti con l’oggetto dell’appalto e rispettosi del principio di proporzionalità, l’amministrazione può richiedere requisiti di partecipazione più rigidi ed ulteriori rispetto a quelli previsti direttamente dalla legge¹²³.

¹²⁰ Cons. St., sez. V, n. 1723/2007; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 29 maggio 2009, n. 808; Cons. Stato, sez. V, 28 aprile 2003, n. 2129; Cons. Stato Sez. V, 31/01/2006, n. 349; Cons. St., Sez. V, 31 gennaio 2006, n. 349; Cons. St., Sez. IV, 10 febbraio 2009, n. 740; Cons. Stato, Sez. V, 27 dicembre 2007 n. 6683.

¹²¹ Tar Veneto, sez. I, n. 349 del 6 marzo 2013. Nello stesso senso Tar Lecce, sez. III, 13 novembre 2012, n. 1871; Cons. St., sez. V, 30 giugno 2011, n. 3924; Cons. St., sez. III, 11 marzo 2011, n. 1583.

¹²² Direttiva 2004/18 CE considerando 44 : “Nei casi appropriati, in cui l'applicazione di misure o sistemi di gestione ambientale durante l'esecuzione dell'appalto pubblico è giustificata dalla natura dei lavori e/o dei servizi, può essere richiesta, l'applicazione di siffatte misure o sistemi. I sistemi di gestione ambientale, indipendentemente dalla loro registrazione conformemente agli strumenti comunitari quale il regolamento (CE) n. 761/2001(17) (EMAS), possono dimostrare la capacità tecnica dell'operatore economico di realizzare l'appalto. Inoltre, deve essere accettata come mezzo di prova, alternativo ai sistemi di gestione ambientale registrati, una descrizione delle misure applicate dall'operatore economico per assicurare lo stesso livello di protezione dell'ambiente”. In ambito nazionale art. 42, comma 1, lett. f) “indicazione, per gli appalti di servizi e unicamente nei casi appropriati, stabiliti dal regolamento, delle misure di gestione ambientale che l'operatore potrà applicare durante la realizzazione dell'appalto”, in combinato con art. 44 “Norme di gestione ambientale”, entrambi del d.lgs. 163/2006.

¹²³ Nella sentenza n. 525, del 2 febbraio 2009, la V Sezione del Consiglio di Stato ha affermato che “la stazione appaltante dispone di una certa discrezionalità nel fissare i requisiti di partecipazione alla singola gara (...). Perciò, l’Amministrazione è legittimata ad introdurre, nella *lex specialis* della gara d’appalto che

Fermo restando quindi il necessario collegamento con l'oggetto dell'appalto, l'art. 48, par. 2, lett. f) della direttiva 2004/18/CE consente all'ente aggiudicatore di utilizzare come criterio di selezione *“per gli appalti pubblici di lavori e servizi unicamente in casi appropriati¹²⁴, l'indicazione delle misure di gestione ambientale che l'operatore economico potrà applicare durante la realizzazione del contratto”¹²⁵.*

Le organizzazioni che vogliono mettere in campo strumenti per il miglioramento delle proprie prestazioni di carattere ambientale possono decidere di attuare un sistema di gestione ambientale come i regolamenti EMAS (*Eco-Management and Audit Scheme*)¹²⁶ o l'EN/ISO 14001¹²⁷ o di certificare i propri prodotti attraverso il ricorso al marchio Ecolabel¹²⁸. Per quanto nello specifico attiene a EMAS, si tratta dell'adesione volontaria delle organizzazioni a un sistema comunitario di eco-gestione e *audit*¹²⁹, ossia *“una struttura istituzionalizzata di certificazione dei*

intende indire, disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti onde consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, specie per ciò che attiene al possesso di requisiti di capacità tecnica e finanziaria, tutte le volte in cui tale scelta non sia eccessivamente quanto irragionevolmente limitativa della concorrenza”. Nello stesso senso Cons. St., sez. V, n. 7247 del 19 novembre 2009; Tar Puglia, sez. III, n. 2247 del 6 ottobre 2009; Tar Liguria, sez. II, n. 1238 del 27 maggio 2009.

¹²⁴ Nel Manuale sugli Acquisti Verdi cit., la Commissione Europea ha precisato che “con l'espressione ‘casi appropriati’ s'intendono gli appalti la cui esecuzione può causare danni all'ambiente e che pertanto richiedono l'utilizzo di misure volte a proteggere l'ambiente. Naturalmente queste misure sono direttamente collegate alla realizzazione dell'appalto”.

¹²⁵ Sul fronte interno, art. 40, comma 4, lett. d) d.lgs. 163/2006: “Tra i requisiti di capacità tecnica e professionale il regolamento [art. 5 stesso testo] comprende, nei casi appropriati, le misure di gestione ambientale”.

¹²⁶ EMAS (Eco Management and Audit Scheme) è stato creato dalla comunità Europea per valutare e migliorare gli standards di tutela ambientale di un operatore economico e di un'organizzazione e fornire ai terzi notizie chiare sulle modalità di utilizzo di queste norme di salvaguardia ambientale da parte dell'impresa interessata.

¹²⁷ ISO 14001 è la norma di riferimento per la certificazione del sistema ambientale, tale norma è stata approvata dal Comitato Europeo di Normazione divenendo norme europee e poi italiane a seguito della loro pubblicazione dall'Ente Nazionale di Unificazione. Le norme non fanno altro che creare e individuare degli standards procedurali che gli operatori economici devono seguire in materia di tutela ambientale.

¹²⁸ ECOLABEL è uno strumento di comunicazione, consistente in un'etichetta standardizzata che qualifica un prodotto come preferibile dal punto di vista della tutela dell'ambiente e individua le merci che nel loro intero ciclo di vita rispettano le esigenze della eco-compatibilità. Tale marchio di qualità informativa ecologica può essere applicato ai soli prodotti e servizi il cui ciclo di vita sia integralmente caratterizzato da un ridotto impatto ambientale.

¹²⁹ Per sistema di gestione ambientale si intende la “parte del sistema complessivo di gestione comprendente la struttura organizzativa, le attività di pianificazione, le responsabilità, le pratiche, le procedure, i processi, le risorse per sviluppare, mettere in atto, realizzare, riesaminare e mantenere la politica ambientale” (art. 2, lett. k, Regolamento 761/2001). Per audit ambientale si intende lo “strumento di gestione comprendente una valutazione sistematica, documentata, periodica e obiettiva delle prestazioni dell'organizzazione, del sistema di gestione e dei processi destinati a proteggere l'ambiente al fine di facilitare il controllo gestionale dei comportamenti che possono avere un impatto sull'ambiente, e valutare la conformità alla politica ambientale compresi gli obiettivi e le target ambientali dell'organizzazione” (art. 2, lett. l, Regolamento 761/2001).

*sistemi di gestione ambientale, finalizzata a razionalizzare l'organizzazione ambientale al fine di ottenere un miglioramento continuo delle prestazioni ecologiche*¹³⁰. Il primo Regolamento EMAS è il 1993/1836/CEE (EMAS I), sostituito successivamente dal 2001/761/CE (EMAS II), che ha esteso l'adesione volontaria delle sole imprese del settore industriale al sistema comunitario di eco-gestione e *audit* (così come già previsto dal Regolamento EMAS) a tutte le organizzazioni che avessero un impatto ambientale, prendendo in considerazione non più soltanto l'impatto ambientale delle attività economiche ma, più in generale, anche quello dei prodotti e dei servizi. Si ravvisava infatti la necessità di una politica di preparazione e comparazione delle informazioni relative all'impatto ambientale di ogni singolo prodotto, con la creazione di classificazioni comuni (LCA-LCI) sui cicli di vita dei prodotti¹³¹. Tale ultimo regolamento è stato sostituito dal Regolamento 2009/1221CE (EMAS III).

Il sistema di gestione ambientale richiesto dallo standard EMAS è basato sulla norma ISO 14001, di cui sono richiamati tutti i requisiti, mentre il dialogo aperto con il pubblico viene perseguito prescrivendo che le organizzazioni pubblichino (e tengano aggiornata) una Dichiarazione Ambientale in cui sono riportati informazioni e dati salienti dell'organizzazione in merito ai suoi aspetti e impatti ambientali.

Sia EMAS sia ISO 14001 sono quindi *“strumenti organizzativi che mirano a migliorare le prestazioni ambientali globali dell'organizzazione che li utilizza. Consentono alle organizzazioni di avere un quadro chiaro del loro impatto ambientale, aiutandole a raggiungere gli obiettivi importanti in termini di ambiente e forniscono loro un supporto a livello gestionale per un continuo miglioramento*

¹³⁰ G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte ecoefficienti*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2012, p. 849.

¹³¹ L'obiettivo del LCA (Life Cycle Analysis) è quello di fornire un elenco di tutti i profili di impatto ambientale di un ciclo composto dalla produzione, dall'utilizzo e dallo smaltimento di un determinato bene o servizio, col fine primo di individuare possibili alternative. La LCA è alla base dell'ECOLABEL, assieme a EMAS, sono accomunati dai caratteri della volontarietà della regolazione. Ogni impresa è libera di aderire o meno ai due sistemi di certificazione, così come di scegliere altri tipi di etichettature gestite a livello nazionale. Tuttavia, laddove scelga di avvalersi dei marchi comunitari, è vincolata al rispetto della normativa ad essi sottesa, volta a garantire veridicità e trasparenza del requisito certificato. Obiettivo principale della certificazione è quello di stimolare la concorrenza leale e trasparente tra le imprese in un'ottica di completamento del mercato unico.

delle loro prestazioni ambientali”¹³². È importante precisare che le norme di gestione ambientale sono strumenti organizzativi volti a incrementare le prestazioni ambientali complessive dell’operatore economico che le utilizza. Non attengono, quindi, all’oggetto contrattuale, ma all’attività dell’operatore economico, garantendo la conformità alla normativa ambientale e l’impegno della struttura aziendale all’ottimizzazione delle proprie risorse nel perseguimento di politiche ecologicamente virtuose¹³³.

Per quanto attiene a Ecolabel, questo è il marchio europeo di qualità ecologica che premia i prodotti e i servizi migliori dal punto di vista ambientale, che possono così diversificarsi dai concorrenti presenti sul mercato. L’etichetta attesta che il prodotto o il servizio ha un ridotto impatto ambientale nel suo intero ciclo di vita.

Il marchio è stato istituito nel 1992 con il Regolamento CE n. 880/92, poi revisionato dal Regolamento CE n. 1980/2000, e infine sostituito dal Regolamento CE n. 66/2010 del 25 novembre 2009, in vigore dal 19 febbraio 2010¹³⁴. I produttori di beni e i fornitori di servizi, gli importatori, i venditori all’ingrosso e al dettaglio di prodotti e servizi che utilizzino il proprio marchio, possono richiedere l’Ecolabel, una volta verificato il rispetto dei criteri da parte dei loro prodotti. Il processo di riconoscimento è inoltre selettivo: l’etichetta ecologica è un attestato di eccellenza, pertanto viene concessa solo a quei prodotti che hanno davvero un ridotto impatto ambientale. Il rispetto dell’ambiente deve essere certificato attraverso una serie di criteri definiti per ogni categoria di prodotto, valutati sulla base di un’analisi della vita dei prodotti/servizi, dei costi di smaltimento, degli imballi e dei consumi, secondo le procedure indicate nella norma ISO 14020, con l’obiettivo di favorire il miglioramento continuo della qualità ambientale dei prodotti e servizi.

Si tratta in ogni caso di strumenti volontari e le stazioni appaltanti non possono chiedere come requisito obbligatorio la partecipazione a uno di questi sistemi. Ovviamente l’amministrazione può richiedere il possesso di determinate capacità tecniche che non per forza però devono essere certificate con uno di questi

¹³² Manuale *Acquistare verde!* della Commissione europea, cit., p. 30.

¹³³ Sul punto si veda: F. DELFINO, *Norme di gestione ambientale, commento all’art. 44*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Il nuovo Codice degli appalti Pubblici*, Hoepli, Milano, 2008, 386.

¹³⁴ Vedi anche Regolamento (UE) N. 782/2013 che modifica l’allegato III del regolamento (UE) n. 66/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al marchio di qualità ecologica dell’Unione europea (Ecolabel UE).

meccanismi, tant'è che ai sensi dell'art. 50 della direttiva, le stazioni appaltanti sono tenute a riconoscere “*i certificati equivalenti in materia rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri*”, e ad accettare “*altre prove relative a misure equivalenti in materia di gestione ambientale, prodotte dagli operatori economici*”¹³⁵, chiara espressione del principio di equivalenza già citato, a sua volta funzionale alla massima partecipazione e in ultima analisi alla tutela della concorrenza¹³⁶.

Infine, anche qui occorre segnalare che il d.d.l. collegato alla legge di stabilità per il 2014¹³⁷ prevede all'art. 11 “*Disposizioni per promuovere l'adozione dei sistemi EMAS ed Ecolabel UE*” che, nell'assegnazione di contributi, agevolazioni e finanziamenti in materia ambientale e nella formulazione delle graduatorie costituisca titolo preferenziale la registrazione EMAS delle organizzazioni pubbliche e private, così come l'aver ottenuto la certificazione Ecolabel dei propri prodotti e servizi. La disposizione è applicata prioritariamente nella programmazione dei fondi europei 2014-2020 e se approvata in via definitiva, comporterebbe un passo in avanti nel passaggio dalla “possibilità” della tutela ambientale al relativo obbligo.

¹³⁵ Norme fotocopia sono riportate all'art. 44 del d.lgs. 163/2006.

¹³⁶ In questo senso, Corte di giustizia, 368/2012, Commissione c. Regno Paesi Bassi: “Poiché nell'ambito dell'aggiudicazione di un appalto pubblico per la fornitura e la gestione di macchine automatiche per il caffè, la provincia Noord-Holland ha stabilito: 1) una specifica tecnica incompatibile con l'art. 23, paragrafo 6, della direttiva 2004/18/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, nell'imporre che taluni prodotti da fornire presentassero un'ecoetichettatura determinata, invece di utilizzare specifiche dettagliate; 2) ha stabilito criteri di aggiudicazione incompatibili con l'art. 53, par. 1, lett. a), di tale direttiva prevedendo che il fatto che taluni prodotti da fornire presentassero determinati marchi di qualità avrebbe dato luogo all'assegnazione di un certo punteggio nell'ambito della selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, senza aver elencato i criteri sottesi a tali marchi di qualità né aver autorizzato che fosse fornita con ogni mezzo appropriato la prova che un prodotto soddisfaceva tali criteri sottesi, il Regno dei Paesi Bassi è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza delle succitate disposizioni”.

In senso “stranamente” contrario, TAR Catania, sez. III, n. 2784/2013: “È legittima l'esclusione da una gara ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione di un appalto di una concorrente che non abbia allegato all'offerta la specifica certificazione richiesta dal bando (Certificazione Ambientale UNI EN ISO 14001:2004; c) Certificazione di Sicurezza OHSAS 18001:2007; d) Certificazione Etica SA 8000:2008), poiché, anche dopo le modifiche introdotte dal d.l. n. 70 del 2011 all'art. 46 codice dei contratti, è rimasta inalterata la facoltà delle amministrazioni aggiudicatrici di richiedere, a pena di esclusione, tutti i documenti e gli elementi ritenuti necessari o utili per identificare e selezionare i partecipanti ad una procedura concorsuale nel rispetto del principio di proporzionalità, ai sensi degli artt. 73 e 74 codice dei contratti”.

¹³⁷ Si tratta dell'Atto del Senato n. 1676 “Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di *green economy* e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali”, già approvato dalla Camera dei deputati e ora in fase di esame in commissione al Senato.

- La valutazione delle offerte e l'aggiudicazione dell'appalto

La fase conclusiva della procedura ad evidenza pubblica attiene alla valutazione delle offerte e alla conseguente aggiudicazione dell'appalto. Anche in questa fase in cui la stazione appaltante valuta la qualità delle offerte e pone a confronto i relativi prezzi, può trovare spazio l'introduzione di criteri verdi, in grado di dare una svolta ecologica alla procedura.

I criteri di aggiudicazione previsti dalla normativa comunitaria, fedelmente recepita nel Codice dei contratti pubblici, sono il criterio del prezzo e il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa¹³⁸, i soli criteri obiettivi in grado di garantire il principio di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, assicurando la necessaria presenza di un'effettiva concorrenza¹³⁹.

Una volta assicurato il rispetto di questi principi, nel caso di ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e previa specificazione della ponderazione relativa attribuita a ciascuno dei "sotto-criteri" che la compongono¹⁴⁰, oltre alla parte economica, possono essere considerati ulteriori criteri "qualitativi" appunto, da inquadrare però sempre in termini di collegamento con l'oggetto dell'appalto¹⁴¹.

Questi criteri possono essere *“la qualità, il prezzo, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, le caratteristiche ambientali, il costo*

¹³⁸ In materia di offerta economicamente più vantaggiosa si veda, tra gli altri, M. LIPARI, *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Urb. e app.*, n. 1/2007, p. 7 e ss; G. FONDERICO, *La selezione delle offerte e la verifica dell'anomalia* in M. CLARICH, G. FIDONE e G. FONDERICO (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2010; P. DE NICTOLIS-R. DE NICTOLIS, *I contratti pubblici di lavori servizi e forniture. Ambito oggettivo e soggettivo. Procedure di affidamento. Le procedure di scelta del contraente*, 2007, IV, p. 960.

¹³⁹ Considerando (46) dir. 2004/18/CE: "L'aggiudicazione dell'appalto deve essere effettuata applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento e che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza. Di conseguenza occorre ammettere soltanto l'applicazione di due criteri di aggiudicazione: quello del «prezzo più basso» e quello della «offerta economicamente più vantaggiosa»".

¹⁴⁰ Considerando (46) dir. 2004/18/CE: "Spetta quindi alle amministrazioni aggiudicatrici indicare i criteri di aggiudicazione nonché la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di tali criteri e questo in tempo utile affinché gli offerenti ne siano a conoscenza quando preparano le loro offerte".

¹⁴¹ Considerando (46) dir. 2004/18/CE: "Se tali condizioni sono soddisfatte, criteri di aggiudicazione economici e qualitativi, come quelli relativi al rispetto di requisiti ambientali, possono consentire all'amministrazione aggiudicatrice di rispondere ai bisogni della collettività pubblica interessata, quali espressi nelle specifiche dell'appalto. Alle stesse condizioni un'amministrazione aggiudicatrice può utilizzare criteri volti a soddisfare esigenze sociali, soddisfacenti, in particolare bisogni - definiti nelle specifiche dell'appalto - propri di categorie di popolazione particolarmente svantaggiate a cui appartengono i beneficiari/utilizzatori dei lavori, forniture e servizi oggetto dell'appalto".

d'utilizzazione, la redditività, il servizio successivo alla vendita e l'assistenza tecnica, la data di consegna e il termine di consegna o di esecuzione"¹⁴².

Nella situazione previgente rispetto alle direttive del 2004, affrontata nel primo capitolo, si era visto come l'elemento sociale o ambientale potesse essere inserito tra i criteri qualitativi di valutazione dell'offerta esclusivamente quando dalla sua considerazione fosse derivato un vantaggio di natura economica per l'amministrazione aggiudicatrice. È stato attraverso l'elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia che si è giunti alla autonoma rilevanza dell'elemento ambientale, partendo dalla sentenza *Beentjes*¹⁴³ fino al definitivo mutamento avutosi con la ben nota pronuncia *Concordia Bus Finland*¹⁴⁴ con la quale la Corte di Giustizia ha affermato in modo inequivocabile che considerazioni di tipo non economico potessero concorrere a formare i criteri di aggiudicazione di un contratto pubblico, poiché *“anche fattori non meramente economici possono incidere sul valore di un'offerta per l'amministrazione aggiudicatrice”*.¹⁴⁵

Tutto ciò viene considerato un punto di arrivo inamovibile e la stessa Commissione europea lo ha in un certo senso per scontato nei suoi documenti interpretativi che si spingono anche oltre rispetto al dettato normativo dei documenti ufficiali: *“non è necessario che ciascun criterio di aggiudicazione comporti un vantaggio economico per l'ente aggiudicatore, ma che l'insieme dei criteri di aggiudicazione (cioè economici e ambientali) consenta di determinare l'offerta con il miglior rapporto qualità/prezzo”*¹⁴⁶.

¹⁴² Art. 53, comma 1, dir. 2004/18/CE: “i criteri sui quali si basano le amministrazioni aggiudicatrici per aggiudicare gli appalti pubblici sono: a) o, quando l'appalto è aggiudicato all'offerta economicamente più vantaggiosa dal punto di vista dell'amministrazione aggiudicatrice, diversi criteri collegati all'oggetto dell'appalto pubblico in questione, quali, ad esempio, la qualità, il prezzo, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, le caratteristiche ambientali, il costo d'utilizzazione, la redditività, il servizio successivo alla vendita e l'assistenza tecnica, la data di consegna e il termine di consegna o di esecuzione [...]”.

¹⁴³ Corte di giustizia, 20 settembre 1988, causa C-31/87, *Beentjes c. Netherlands State*, in www.europa.eu.int. Successive sentenze sono state determinanti nell'evoluzione del suddetto argomento, si veda Corte di giustizia, 28 marzo 1995, C-324/93 *Evans Medical Ltd e Macfarla Smith Ltd* nella quale il giudice comunitario ha ribadito la compatibilità di criteri non prettamente economici con la disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, a condizione che non siano forieri di discriminazione e siano oggetto di un'adeguata pubblicità; Corte di giustizia, 26 settembre 2000, causa C-225-98, *Commissione c. Francia, Commissione vs. Repubblica Francese*, la Corte precisa che un criterio di aggiudicazione privo di un valore economico diretto potesse essere determinate nella scelta dell'aggiudicatario solo nel caso di offerte economicamente equivalenti, rispetto alle quali il requisito sociale sarebbe stato un *quid pluris*.

¹⁴⁴ Corte di giustizia, 17 settembre 2002, causa C-513/99 in www.europa.eu.int.

¹⁴⁵ Su tutto questo, più diffusamente Cap I, par. 4 del presente lavoro.

¹⁴⁶ *Manuale Acquistare verde!* della Commissione europea, 2005, p. 33.

Per ciò che attiene alla determinazione del prezzo, che è pur sempre uno dei fattori fondamentali per l'aggiudicazione dell'appalto, anche se nel caso di offerta economicamente più vantaggiosa non l'unico, esso è solo un elemento della complessiva parte economica dell'offerta. Il prezzo infatti è una componente del "costo", misurabile in termini di *costo del ciclo di vita* del prodotto, in cui vengono fatti rientrare oltre al prezzo, i costi di consegna, installazione, messa in funzione, funzionamento (ex. energia), manutenzione, costi di fine vita del prodotto, smaltimento. La valutazione del *life cycle costing* quale criterio per la valutazione della parte economica all'interno dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è fortemente auspicato dalla Commissione europea nel manuale *Acquistare verde!* più volte citato¹⁴⁷.

Come si vedrà in seguito, la valutazione del costo del ciclo di vita del prodotto diverrà centrale nel progetto di nuova direttiva appalti pubblici del 20 dicembre 2011, COM (2011) 896 e soprattutto nelle nuove direttive di settore del 2014, oggetto di analisi nel terzo e ultimo capitolo di questa trattazione.

Nel diritto interno, ai sensi dell'art. 81 del Codice dei contratti pubblici, la stazione appaltante è tenuta a scegliere tra i due possibili criteri di aggiudicazione orientandosi verso quello più idoneo in relazione alle caratteristiche dell'appalto¹⁴⁸. Si tratta peraltro di una scelta discrezionale da parte della pubblica amministrazione, con il limite del rispetto dei principi di adeguatezza, logicità e ragionevolezza del sistema prescelto in relazione alle caratteristiche e all'oggetto del contratto da aggiudicare¹⁴⁹. Sia la giurisprudenza peraltro, sia l'Autorità di Vigilanza sui

¹⁴⁷ La Commissione europea, nel manuale *Acquistare verde!* del 2005. Il documento sottolinea in particolare di considerare i costi del consumo energetico e idrico, poiché orientare le scelte dell'amministrazione verso prodotti che consentano un risparmio di combustibile o di acqua, consente simultaneamente minore spesa e protezione dell'ambiente. È richiamata l'attenzione anche sui costi di smaltimento, considerando ai fine dell'aggiudicazione la quantità e la qualità dei rifiuti: ad esempio, potrebbero essere considerati i potenziali profitti derivanti dal riciclo di alcuni beni da smaltire (ad esempio, asfalto usato per la costruzione di nuove strade).

¹⁴⁸ Art. 81, comma 2, d.lgs. 163/2006: "Le stazioni appaltanti scelgono, tra i criteri di cui al comma 1, quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto, e indicano nel bando di gara quale dei due criteri di cui al comma 1 sarà applicato per selezionare la migliore offerta".

¹⁴⁹ TAR 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, Catanzaro, Sez. II, 29 ottobre 2008 n. 1480; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 18 febbraio 2009, n. 371; Cons. Stato, Sez. V, 19 novembre 2009, n. 7259.

Contratti Pubblici di lavori, Servizi e Forniture¹⁵⁰, interessandosi dell'adeguatezza della scelta del criterio di aggiudicazione rispetto alle peculiarità del singolo appalto, hanno avuto modo di ribadire ciò che già era chiaro dall'analisi a livello comunitario, e cioè il fatto che aggiudicando il contratto pubblico secondo un criterio anche tecnico/qualitativo, la funzione degli appalti verdi vada oltre quella della tutela ambientale assumendo anche il valore di stimolare il mercato e l'innovazione e contribuendo da un lato al rilancio economico, dall'altro allo stimolo della concorrenza¹⁵¹.

Ai criteri di valutazione dell'offerta, quando essa sia da aggiudicare secondo il macro-criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il Codice dei contratti pubblici dedica l'art. 83, che prevede possibili criteri di valutazione diversi dal requisito economico purché essi siano “*pertinenti alla natura, oggetto e caratteristiche del contratto*”¹⁵² e tra tali criteri espressamente menziona alla lettera e) del primo comma: “*le caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto*”¹⁵³.

Queste disposizioni rappresentano la puntuale attuazione delle prescrizioni comunitarie già analizzate, per le quali valgono considerazioni analoghe a quelle già svolte, rimarcando il riconoscimento della possibilità per le stazioni appaltanti di scegliere l'aggiudicatario tenendo conto anche di esigenze di pubblico interesse

¹⁵⁰ Il decreto legge n. 90/2014 convertito in legge n. 114/2014, ha soppresso l'AVCP e ha trasferito le competenze in materia di vigilanza dei contratti pubblici all'Autorità Nazionale Anticorruzione, ridisegnandone la missione istituzionale e di conseguenza dando una sfumatura diversa e più repressiva alla stessa attività che prima era dell'AVCP. Citando dal sito ANAC: “Questa [la missione istituzionale dell'ANAC] può essere individuata nella prevenzione della corruzione nell'ambito delle amministrazioni pubbliche, nelle società partecipate e controllate anche mediante l'attuazione della trasparenza in tutti gli aspetti gestionali, nonché mediante l'attività di vigilanza nell'ambito dei contratti pubblici, degli incarichi e comunque in ogni settore della pubblica amministrazione che potenzialmente possa sviluppare fenomeni corruttivi, evitando nel contempo di aggravare i procedimenti con ricadute negative sui cittadini e sulle imprese, orientando i comportamenti e le attività degli impiegati pubblici, con interventi in sede consultiva e di regolazione”.

¹⁵¹ Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, Determinazione 20 maggio 2009, n. 4. Sulla discrezionalità delle amministrazioni nella individuazione dei criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si veda: Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, Determinazione 8 ottobre 2008, n. 5.

¹⁵² A livello nazionale il concetto di “collegamento” è stato recepito utilizzando quello di “pertinenza”, dando modo a qualcuno di sostenere che “La predetta “pertinenza” si riferisce, pertanto, nel caso della norma nazionale, non solo all'oggetto del contratto, ma anche alla sua natura ed alle sue caratteristiche”, S. BIANCAREDDU, G. SERRA, *Gli appalti verdi: la soddisfazione di interessi ambientali attraverso le procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici, Qualche riflessione alla luce dei recenti interventi normativi*, in www.sentenzeitalia.it, 2014.

¹⁵³ Lettera così sostituita dalla lettera i) del comma 1 dell'art. 1, D.Lgs. 31 luglio 2007, n. 113.

ulteriori rispetto alle sole ragioni del contrarre, come ad esempio le istanze volte alla tutela dell'ambiente¹⁵⁴.

Anche per quanto riguarda i criteri di aggiudicazione, e in particolare quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è doveroso fare riferimento al collegato ambientale alla legge di stabilità per il 2014, così come era stato fatto trattando di specifiche tecniche. Nel d.d.l. in parola¹⁵⁵ si parla di criteri di aggiudicazione all'art. 10, “*Disposizioni per agevolare il ricorso agli appalti verdi*” e in particolare al secondo comma, che inserisce tra i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di cui all'art. 83 del Codice dei contratti: - il possesso di un marchio Ecolabel in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto, in misura pari o superiore al 30 per cento del valore delle forniture, o delle prestazioni oggetto del contratto stesso; - la considerazione dell'intero ciclo di vita dell'opera, del bene o del servizio nel costo di utilizzazione e manutenzione, con l'obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un'economia circolare che promuova ambiente e occupazione, con riferimento sia ai costi per l'amministrazione sia a costi ambientali “indiretti”, nella scia delle disposizioni delle nuove direttive comunitarie del 2014; - la compensazione delle emissioni di gas serra associate alle attività dell'azienda calcolate secondo i metodi che saranno stabiliti in base alla raccomandazione della Commissione europea 2013/179/UE concernente le prestazioni ambientali nel corso del ciclo di vita dei prodotti e delle organizzazioni; - la disposizione che il bando, nel caso di previsione del criterio relativo al ciclo di vita, indichi, tra l'altro, il metodo che l'amministrazione aggiudicatrice utilizza per la valutazione dei relativi costi inclusa la fase di smaltimento e recupero.

Tutto ciò sarà approfondito meglio nel prosieguo della trattazione.

Concludendo sull'ammissibilità di criteri ecologici nell'offerta economicamente più vantaggiosa, il sunto può essere ricavato dalle parole della Corte di giustizia che chiarisce la possibilità del ricorso a detti criteri “*purché [tali criteri] siano collegati*

¹⁵⁴ Ad esempio, Corte di giustizia nella sentenza del 7 ottobre 2004, causa C-247/02.

¹⁵⁵ Atto del Senato n. 1676 “Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di *green economy* e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali”, già approvato dalla Camera dei deputati e ora in fase di esame in commissione al Senato.

all'oggetto dell'appalto, non conferiscano alla detta amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati nel capitolato d'onere o nel bando di gara e rispettino tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, in particolare, il principio di non discriminazione"¹⁵⁶.

- La fase dell'esecuzione

Conclusa la procedura ad evidenza pubblica e aggiudicato il contratto, rimane un'ultima fase nella quale può trovare spazio l'inserimento di considerazioni a carattere ambientale: la fase dell'esecuzione. Vero è che si tratta di una fase regolata dal diritto privato, in contrapposizione con la precedente regolata dal diritto pubblico¹⁵⁷, ma non per questo detta fase è insensibile all'integrazione di variabili sociali e ambientali. In primo luogo bisogna ricordare il primo comma dell'art. 2 del Codice dei contratti pubblici, laddove si afferma *“L'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza”*. Come abbiamo già evidenziato i principi di questa prima parte del comma, tra cui quello di economicità, sono espressamente riferiti anche alla fase dell'esecuzione. Dunque se lo stesso principio di economicità può essere derogato per esigenze anche ambientali, come visto a norma del secondo comma dello stesso art. 2, ne consegue che questo possa avvenire anche in materia di condizioni di esecuzione dell'appalto.

Sebbene, come noto, le direttive non disciplinino la fase dell'esecuzione fermandosi al termine della fase di aggiudicazione, troviamo traccia di disposizioni sull'argomento all'art. 26 della direttiva 18, rubricato *“Condizioni di esecuzione dell'appalto”*¹⁵⁸, trasposto nell'art. 69 del Codice dei contratti pubblici¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Sentenza 4 dicembre 2003, causa C-448/01, *EVN AG*. Si vedano anche le sentenze 24 gennaio 2008, causa C-532/06, *Emm. G. Lianakis AE* e 24 novembre 2005, causa C-331/04, *ATI EAC s.r.l. e Viaggi di Maio s.n.c.*

¹⁵⁷ A. BOTTO, *Manuale sui contratti pubblici*, Dispense LUISS 2014 reperibili all'indirizzo <http://docenti.luiss.it/botto/materiali-didattici/>, “Da questa dicotomia prende spunto anche la duplicazione delle giurisdizioni chiamate ad occuparsi di contrattualistica pubblica: la giurisdizione amministrativa per le controversie “a monte” e quella ordinaria per le controversie “a valle”.

¹⁵⁸ Art. 26, dir. 2004/18/CE: “Le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto purché siano compatibili con il diritto comunitario e siano precisate nel

Sia nella normativa comunitaria che in quella italiana di recepimento vengono seguite quelle che erano già le linee guida della Commissione a partire dalla Comunicazione COM (2001) 274, nella quale si leggeva che le stazioni appaltanti avrebbero potuto imporre clausole contrattuali volte alla tutela dell'ambiente, a patto che fossero state oggetto di preventiva comunicazione a tutti i candidati della procedura di aggiudicazione e a patto che dette clausole non avessero l'effetto di introdurre surrettiziamente delle discriminazioni tra i partecipanti.

È importante notare che sia nella direttiva che nel Codice è esplicitamente previsto che *“dette condizioni possono attenere, in particolare, a esigenze sociali o ambientali”* rimarcando la possibilità del loro inserimento solo previo rispetto di tutti i principi comunitari richiamati anche dallo stesso art. 69 del Codice dei contratti pubblici: *“[...] 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'onere”*¹⁶⁰.

Nel quadro dei principi appena descritto, è utile delineare un po' meglio i contorni delle condizioni di esecuzione facendo riferimento al manuale *Acquistare verde!*, per capire meglio il rapporto tra questo strumento da un lato e le specifiche tecniche e l'oggetto del contratto dall'altro. Scrive la Commissione che *“le clausole dell'appalto non devono svolgere un ruolo decisivo nel determinare quale offerente si aggiudicherà l'appalto, il che significa che qualsiasi partecipante all'appalto dovrebbe, in linea di principio, essere in grado di soddisfarle. Non devono essere presentate sotto forma di specifiche tecniche, criteri di aggiudicazione o di*

bando di gara o nel capitolato d'onere. Le condizioni di esecuzione di un appalto possono basarsi in particolare su considerazioni sociali e ambientali”.

¹⁵⁹ Art. 69, d.lgs. 163/2006, Condizioni particolari di esecuzione del contratto prescritte nel bando o nell'invito: “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'onere. 2. Dette condizioni possono attenere, 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.”

¹⁶⁰ S. TOSCHEI, in *Codice dei contratti pubblici annotato con dottrina e giurisprudenza*, sub art. 69, a cura di A. MAGGIO-G. STERI, 2010, p. 516.

selezione. Mentre gli offerenti sono tenuti a dimostrare che le loro offerte soddisfano alle specifiche tecniche, nessuna prova di conformità alle clausole dell'appalto dovrebbe invece essere richiesta durante la procedura di appalto. Per esempio, non si possono utilizzare le clausole dell'appalto per richiedere un particolare processo di produzione (per i fornitori), o personale con particolare esperienza (per i servizi), in quanto queste condizioni sono connesse alla selezione dell'appaltatore. Questi aspetti dovrebbero essere gestiti nella pertinente fase della procedura stabilita dalle direttive sugli appalti pubblici”¹⁶¹.

A proposito della “qualificazione” delle clausole di esecuzione, si riporta per completezza che è stata sostenuta¹⁶² anche la loro configurazione come elementi accessori del contratto che si distinguono da quelli essenziali e caratterizzanti dello stesso poiché hanno “*un carattere accessorio o complementare e sono imposti dall’oggetto stesso del contratto*”¹⁶³, fornendo così nuovi spunti di riflessione su quale sia la esatta natura giuridica dello strumento in parola.

Sul piano generale si possono anticipare qui alcune considerazioni che verranno approfondite più avanti sul successo o meno dello strumento “appalti verdi” all’interno del nostro ordinamento. Le norme del Codice che abbiamo analizzato sono sufficientemente dettagliate e riproduttive in molti casi della disciplina comunitaria, scontando quindi come essa un certo *deficit* di effettività. L’inserimento di considerazioni ambientali nella procedura di gara infatti, pur possibile in più punti, non è mai configurato in termini di obbligatorietà. È questo un punto fondamentale che come vedremo sarà al centro delle prospettive evolutive in materia. In parallelo a questa considerazione e con riferimento al contesto invece,

¹⁶¹ Commissione europea, *Acquistare verde!*, p. 38. Il documento prosegue poi con degli esempi in particolare di clausole di esecuzione di un appalto per la fornitura di lavori o servizi, come: “- Trasporto di prodotti e strumenti al sito: Consegna di prodotti presso il sito in forma concentrata e successivamente diluita in loco. Utilizzo di contenitori riutilizzabili per il trasporto di prodotti al sito. - Come è eseguito il servizio: Impiego di indicatori del dosaggio al fine di garantire l’utilizzo di quantità adeguate di prodotto per la pulizia. - Smaltimento di prodotti usati o imballaggi dei prodotti: prodotti o imballaggi prelevati per riutilizzo, riciclaggio o smaltimento appropriato da parte dell’appaltatore. - Formazione del personale impiegato presso l’appaltatore: personale addestrato all’impatto ambientale del proprio lavoro e alla politica ambientale dell’autorità nei cui edifici sarà impiegato.

¹⁶² G. FIDONE, *Gli appalti verdi all’alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte ecoefficienti*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2012, p. 861.

¹⁶³ Corte di giustizia, 21 febbraio 2008, causa C-412/04, Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica Italiana.

emerge che l'interesse per il *green public procurement* è ancora in una fase embrionale, in linea con lo scarso interesse da sempre dimostrato dall'Italia, rispetto ad altri paesi, specie del Nord Europa, in merito alle problematiche relative all'ambiente.

Nell'arduo tentativo di contenere la spesa pubblica e assicurare al contempo la crescita economica, le scelte politiche adottate negli ultimi anni appaiono ispirate quasi esclusivamente a criteri economici. Come detto, le norme del Codice dei contratti pubblici si limitano a riprodurre fedelmente le previsioni contenute nelle direttive in materia, travalicando spesso però in una iper-regolamentazione delle procedure di gara e dei modelli contrattuali e rivelando una profonda sfiducia nei confronti dell'esercizio della discrezionalità amministrativa, troppo spesso coinvolta da fenomeni di malaffare. Tutto questo, alla luce dei ragionamenti svolti sul rapporto tra appalti verdi e flessibilità delle procedure, si pone come ostacolo all'introduzione delle variabili ambientali. Lo stesso utilizzo di procedure flessibili, come il dialogo competitivo, utile per fare conoscere alle amministrazioni aspetti ambientali che possono indirizzarle verso scelte sostenibili, non viene affatto promosso e anzi l'entrata in vigore dell'istituto è stata posticipata più volte fino all'emanazione del Regolamento di attuazione del Codice (nel 2010).

Anche con il "decreto sviluppo" (d.l. n. 70/2011), il legislatore ha ignorato completamente il tema degli appalti verdi dimostrando, ancora una volta, di non credere che essi possano rappresentare uno strumento utile nell'attuale situazione di crisi economica. Le novità principali, per il momento, sono contenute nel collegato ambientale alla legge di stabilità per il 2014, già citato e su cui *infra*. Questo testo però non è ancora legge e inoltre, a questo punto, si può dubitare della sua utilità pratica alle soglie del recepimento delle nuove direttive di settore del 2014.

Le considerazioni sul ruolo e la "forza" degli appalti verdi e sul contesto della disciplina di riferimento ci accompagneranno nel prosieguo della trattazione, per capire il reale collocamento pratico degli strumenti in analisi nel quadro della disciplina generale della contrattualistica pubblica.

3. Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale sulle previsioni verdi degli appalti

L'analisi condotta finora ha privilegiato l'aspetto statico e ricognitivo della disciplina vigente, cercando di analizzarla per come essa è. Non meno interessanti sono i profili dinamici di tutto ciò che è stato preso in considerazione a proposito dell'integrazione dell'interesse ambientale nel Codice dei contratti pubblici nazionale, anche perché il *diritto vivente* passa per le decisioni giurisprudenziali almeno tanto quanto è definito dalla sua codificazione legislativa.

Quanto è ampia la discrezionalità attribuita alle amministrazioni nel decidere il contenuto concreto da dare ai bandi? E quali sono i conseguenti limiti di sindacabilità giurisdizionale delle scelte in tal senso effettuate?

Procediamo ancora una volta secondo la scansione di una procedura di gara.

Il primo problema di un'amministrazione che voglia inserire criteri verdi in una gara è la scelta del tipo di procedura e di conseguenza la scelta circa la fase in cui inserire il parametro ambientale. Sotto il primo profilo, generalissimo, le analisi preliminari della p.a. potrebbero anche condurla alla valutazione discrezionale di non mettere in gara l'oggetto dell'appalto ma di dar luogo a una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando. Laddove ad esempio emergesse che un solo operatore economico potrebbe in concreto erogare la prestazione richiesta, ricorrerebbero le condizioni previste dalla normativa comunitaria e nazionale per escludere la necessità della procedura ad evidenza pubblica¹⁶⁴. In ipotesi come questa il rischio della violazione dei principi concorrenziali di matrice comunitaria è molto alto, quindi l'onere motivazionale di una scelta in tal senso sarà particolarmente aggravato e dovrà essere suffragato da idonei elementi, soprattutto in ordine al collegamento della scelta con l'oggetto del contratto.

Ancora nella fase preliminare analoghi problemi si pongono nella scelta tra l'aggiudicazione con il prezzo più basso o con l'offerta economicamente più vantaggiosa: anche qui sarà fondamentale il collegamento con l'oggetto del

¹⁶⁴ Art. 57 Codice dei contratti pubblici e art. 31 direttiva 2004/18/CE che ammettono il ricorso alla procedura negoziata senza bando, tra le altre ipotesi, anche quando, per ragioni di natura tecnica o artistica o attinenti alla tutela di diritti esclusivi, l'appalto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato.

contratto e il collegamento tra l'oggetto stesso e eventuali criteri ambientali, nell'ottica di uno scrutinio di coerenza e logicità.

Una volta delineata la scelta circa la procedura e circa il criterio di aggiudicazione, contestualmente a queste valutazioni, permane la necessità di decidere dove inserire le clausole ambientali dato che in molti casi queste potrebbero essere indifferentemente inserite sia “a monte” tra le specifiche tecniche, sia “a valle” tra i criteri di aggiudicazione. Ancora una volta le scelte dovranno tenere conto dei principi comunitari in materia di concorrenza e apertura dei mercati tra le imprese, seguendo percorsi logici non differenti da quelli già affrontati a proposito della scelta della procedura di gara e del criterio di aggiudicazione¹⁶⁵. Laddove perciò una determinata tecnologia sia facilmente accessibile perché oramai diffusa tra gli operatori, essa potrà essere inserita tra le specifiche tecniche dell'oggetto contrattuale¹⁶⁶; viceversa qualora tale diffusione non sia ancora matura, sarà preferibile individuare un criterio ambientale di valutazione dell'offerta.

A questo proposito è opportuno citare la circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 1 marzo 2007¹⁶⁷ nella quale si richiamano le pubbliche amministrazioni a tenere distinti, in ragione della loro differenza ontologica, i requisiti di selezione dei candidati rispetto ai criteri di valutazione dell'offerta.

Le valutazioni descritte finora sono tutte, e per più aspetti, intrinsecamente legate all'oggetto del contratto talché, in realtà, in questo momento preliminare alla procedura, non ci si trovi di fronte a fasi scandite rigidamente ma piuttosto a valutazioni contestuali, nelle quali l'uno aspetto presuppone l'altro. La sindacabilità delle scelte dell'amministrazione è ridotta in quanto si tratta di scelte discrezionalissime purché, come ricordato, coerenti, logiche e proporzionate con il contratto da aggiudicare e il suo oggetto.

¹⁶⁵ Parte introduttiva del par. 1 del presente capitolo.

¹⁶⁶ Il già ricordato art. 68 del Codice dei contratti pubblici, al comma 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”.

¹⁶⁷ Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri 1 marzo 2007, Principi da applicare, da parte delle stazioni appaltanti, nella scelta dei criteri di selezione e di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, in G.U. 15 maggio 2007 n. 111.

Fatte queste premesse, è opportuno concentrare l'analisi sulla vera e propria fase iniziale di individuazione della *lex specialis* della procedura di gara perché, all'esito della sua cristallizzazione nel relativo bando, l'Amministrazione dovrà considerarsi priva, o comunque molto menomata, di ogni margine di discrezionalità interpretativa ed applicativa, per giurisprudenza unanime sul punto¹⁶⁸.

La chiave di lettura per affrontare l'argomento in parola può essere ricostruita sostenendo che *“l'ampiezza della discrezionalità attribuita all'Amministrazione diminuisce progressivamente con l'evolversi delle fasi sopra descritte, in quanto le prescrizioni di volta in volta delineate, insieme con le disposizioni normative regolanti ciascun singolo aspetto, costituiranno un vincolo per quelle ad esse logicamente subordinate”*¹⁶⁹. È quindi nella fase di predisposizione del bando, e delle decisioni che stanno a monte, che la P.A. *“esercita un potere attinente al merito amministrativo, [soprattutto] laddove inserisce disposizioni ulteriori rispetto al contenuto minimo ex lege previsto; queste ultime, quindi, saranno censurabili in sede giurisdizionale, solo allorché appaiano viziate da eccesso di potere, ad esempio per illogicità o per incongruenza rispetto al fine pubblico della gara”*¹⁷⁰.

¹⁶⁸ TAR Lazio, Roma, Sez. I ter, 30 maggio 2008 n. 5331, in www.giustizia-amministrativa.it: “costituisce *ius receptum*, il principio secondo il quale le regole stabilite dalla “*lex specialis*” vincolano rigidamente l'operato dell'Amministrazione appaltante, la quale deve applicarle senza che abbia alcun margine di discrezionalità nella loro interpretazione (specie quando, come nel caso di specie, il significato delle clausole è chiaro) e nella loro attuazione; e ciò sia per il principio di tutela della “par condicio” delle imprese concorrenti e sia per il principio generale che vieta la disapplicazione del bando quale atto con cui l'Amministrazione si è in origine autovincolata nell'esercizio delle potestà connesse alla conduzione della procedura selettiva”. Anche Cons. Stato, Sez. V 12 giugno 2009 n. 3750, in *Foro Amm.* – CDS, 2009, 6, 1478; Id., Sez. V, 29 gennaio 2009 n. 498, ivi, 2009, 1, 187; TAR Abruzzo, Pescara, Sez. I, 21 maggio 2008 n. 509, in *Foro amm.* – TAR, 2008, 5, 1368; TAR Marche, Ancona, Sez. I, 13 marzo 2008 n. 201, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. IV, 29 gennaio 2008 n. 263, in *Foro Amm.* – CDS 2008, 1, 112; TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 4 gennaio 2008 n. 3, in *Foro Amm.* – TAR, 2008, 1, 232.

¹⁶⁹ F. GAVERINI, *L'inserimento di clausole “verdi” nelle procedure contrattuali pubbliche, tra merito e discrezionalità*, in *I contratti pubblici tra principi interni e vincoli sovranazionali*, a cura di M. ANDREIS, 2011, Giuffrè.

¹⁷⁰ TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 17 novembre 2006 n. 5373, in *Foro Amm.* – TAR, 2006, 11, 3654: “la giurisprudenza costante riconosce la legittimità di tutti quei requisiti richiesti dalla P.A. che, pur essendo ulteriori e più restrittivi di quelli previsti dalla legge, comunque rispettino il limite della logicità e della ragionevolezza e, cioè, della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito. La P.A., infatti, nella predisposizione del bando, esercita un potere attinente al merito amministrativo, laddove inserisce disposizioni ulteriori rispetto al contenuto minimo ex lege previsto; queste ultime, quindi, saranno censurabili in sede giurisdizionale, solo allorché appaiano viziate da eccesso di potere, ad esempio per illogicità o per incongruenza rispetto al fine pubblico della gara”. Il principio appena riportato, seppur riferito a ipotesi diverse dall'introduzione di requisiti di tutela ambientale, è stato sostenuto anche da Cons. Stato, Sez. V, 21 settembre 2010 n. 7031, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Liguria, Sez. II, 15 maggio 2008 n. 1009, in *Foro Amm.* – TAR, 2008, 5, 1262; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 19 marzo 2007 n. 2394, ivi, 2007, 3, 957; Cons. Stato, Sez. V, 15 dicembre 2005 n. 7139, in *Foro Amm.* – CDS, 2005, 12, 3659; Id., Sez. V, 17 maggio 2005 n. 2465, ivi, 2005, 5, 1477; Id., Sez. IV, 29 ottobre 2002 n. 5941, ivi, 2002, 2394.

Per capire meglio, si può distinguere tra *genus* e *species* in ordine all'oggetto del contratto. Sarebbe di conseguenza più "corretto" delimitare l'ambito delle valutazioni puramente di merito della p.a., circoscrivendo tale ambito alla scelta del mezzo mediante il quale soddisfare le proprie esigenze, inteso in termini di *genus* appunto e qualificando le relative e conseguenti decisioni in termini di *species*, soggette quindi al rispetto di tutti i canoni sottesi all'esercizio della discrezionalità amministrativa e risultando pertanto sindacabili laddove si configurassero figure sintomatiche di eccesso di potere o comunque altri vizi di legittimità¹⁷¹. Si potrebbe dire che *"una volta individuata la forma più opportuna per perseguire il fine che l'amministrazione si è preposta, ogni successiva scelta sulle sue concrete modalità di attuazione dovrà rispettare i consueti canoni di corretto esercizio dell'attività amministrativa, potendo in caso contrario essere sindacata dagli organi a ciò preposti"*¹⁷².

Rimanendo quindi alla fase di determinazione dell'oggetto del contratto, è centrale come ampiamente visto in precedenza, il tema delle specifiche tecniche. Avevamo detto che si trattava di scelta sostanzialmente libera, trattandosi di definire l'oggetto del contratto, operazione della quale il diritto comunitario non si interessa (non importa il cosa si compra ma il come, si era detto citando il Manuale *Acquistare verde!*). Tutto ciò è senz'altro vero ma la scelta dell'amministrazione dovrà essere, con le parole della giurisprudenza sopra richiamata, logica e congruente rispetto al fine della gara e rispettare una serie di puntuali obblighi di legge previsti dall'art. 68 del Codice dei contratti pubblici e in particolare, per quanto di interesse nella presente analisi, tenere conto anche dei criteri di tutela ambientale *"ogniquale volta sia possibile"*¹⁷³. Sotto questo profilo occorre sottolineare che nell'evoluzione giurisprudenziale della materia, gli aspiranti contraenti potranno contestare la

¹⁷¹ Se ad esempio un'amministrazione locale si ponesse l'obiettivo di migliorare l'efficienza del trasporto pubblico, potrebbe optare liberamente tra la soluzione di incrementare il quantitativo di automezzi circolanti oppure di realizzare delle corsie preferenziali per i mezzi pubblici esistenti: nel primo caso si opterà per un appalto di forniture o per un affidamento di pubblico servizio, a seconda che si intendano solo acquistare gli automezzi o attribuire l'intera gestione; nel secondo caso invece la scelta sarà a favore di un appalto di lavori. Dopo aver individuato liberamente nel *genus* l'oggetto della fornitura, del servizio o dei lavori, le scelte successive dovranno essere conseguenti, attecchendosi a *species* e rispondendo ai canoni di sindacabilità già ricordati.

¹⁷² F. GAVERINI, *op. cit.*

¹⁷³ Art. 68, primo comma, d.lgs. 163/2006.

legittimità non solo delle eventuali specifiche tecniche che la stazione appaltante dovesse introdurre in modo illegittimo o discriminatorio, ma anche di quelle che, non tenendo in considerazione la tutela ecologica pur laddove sia possibile, abbiano ingiustamente optato per soluzioni “meno sostenibili” rispetto a quella che il ricorrente avrebbe potuto offrire¹⁷⁴.

A *latere* del ragionamento sulla giurisprudenza a proposito di specifiche tecniche è interessante citare la pronuncia n. 292/2013 della Corte Costituzionale. Pur non riguardando direttamente il profilo di sindacabilità da parte del giudice amministrativo della discrezionalità della stazione appaltante, la pronuncia è comunque utile ai fini della trattazione per capire come il sindacato giurisdizionale su quel che attiene ai singoli elementi che compongono la materia dei contratti pubblici, sia ampio e affrontabile da ogni punto di vista e in questo caso come la previsione derogatoria del principio comunitario di libertà degli scambi, prevista da una legge regionale, venga dichiarata incostituzionale per violazione dell'art. 34 TFUE, perché non giustificata da altri interessi meritevoli di tutela, al contrario di altre previsioni della stessa natura che vengono ritenute giustificate e quindi pienamente legittime perché disposte a tutela dell'interesse ambientale¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Per un caso inverso, nel quale cioè la prescrizione di una specifica tecnica in materia ambientale è stata contestata dal ricorrente ma ritenuta invece legittima dal Giudice Amministrativo, Cons. Stato, Sez. V, 26 marzo 2003 n. 1577, in *Foro Amm.* – CDS, 2003, 1025: “[...] in una gara per l’aggiudicazione del progetto esecutivo e della costruzione e primo avviamento di un impianto di depurazione di acque reflue, risponde ad un principio di ragionevolezza, né viola l’art. 19 d.lgs. n. 158/1995, la prescrizione, dettata da motivi di limitatezza dell’area d’insediamento dell’opera e di utilità peculiare, valutati nelle precedenti fasi di progettazione, di adottare uno specifico processo tecnico di trattamento delle acque”.

¹⁷⁵ Nello specifico la sentenza citata dichiara l’illegittimità costituzionale per violazione dell’obbligo di osservanza dei vincoli comunitari sancito dal comma 1 dell’art. 117 Cost., della disposizione combinata degli art. 3, comma 1, lett. c), e 4, comma 5, della l.reg. Puglia 13 dicembre 2012 n. 43, nella parte in cui include tra i prodotti la cui utilizzazione, nella parte in cui includeva tra i prodotti la cui utilizzazione garantisce priorità nell’affidamento dei servizi di ristorazione collettiva da parte degli enti pubblici anche i prodotti trasportati all’interno del territorio regionale, a prescindere dal livello delle emissioni di anidride carbonica equivalente connesse a tale trasporto. La suddetta “priorità”, diversamente da quella accordata ai soggetti che utilizzano beni il cui trasporto determina una ridotta quantità di emissioni nocive, che è giustificata dai benefici che la limitazione di tali emissioni reca in termini di tutela dell’ambiente, costituisce una misura ad effetto equivalente vietata dall’art. 34 del Tfu che ricomprende ogni normativa commerciale che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari e non giustificata ai sensi dell’art. 36 del medesimo trattato. Infatti, il mero riferimento al trasporto all’interno della Regione e, dunque, alla provenienza locale dei prodotti agricoli, a prescindere dalla quantità di emissioni prodotte, non soddisfa nessuna delle esigenze oggetto del regime derogatorio, ma si risolve in un incentivo per gli imprenditori ad impiegare determinati beni solo perché provenienti da una certa area territoriale, così da poter vantare l’anzidetto titolo preferenziale. A differenza dell’impiego dei prodotti pugliesi, infatti, l’utilizzo di quelli trasportati da altre località, ancorché con un pari o minore livello di emissioni nocive e, dunque, con un equivalente o inferiore impatto ambientale, non conferisce analogo titolo preferenziale nell’aggiudicazione degli appalti dei servizi di ristorazione collettiva e subisce, di conseguenza, degli effetti discriminatori.

Sul fronte dei criteri di selezione dei candidati, sulla base dell'oggetto del contratto e delle specifiche tecniche già fissate, possono essere individuati criteri relativi alla capacità tecnica del prestatore, per la cui definizione dovrà essere prestata la massima attenzione in concreto all'opera da realizzare, alla fornitura da prestare o al servizio da erogare. In merito alla capacità economica e finanziaria, la giurisprudenza ha peraltro confermato che *“le scelte discrezionali operabili dall'amministrazione appaltante, in tema di capacità finanziaria ed economica delle imprese partecipanti alla gara, non si dispiegano secondo la regola del c.d. merito amministrativo (non soggetta al sindacato del giudice di legittimità) ma devono mantenersi nei limiti segnati dalla normativa di riferimento”*¹⁷⁶, e questo è in linea con la chiave di lettura data della discrezionalità decrescente mano a mano che la procedura segue il suo corso. Rilevano a proposito di selezione dei candidati le ipotesi in cui la stazione appaltante richieda la dimostrazione di una particolare esperienza pregressa in campo ambientale, di una specifica qualificazione o specializzazione ambientale dei tecnici che fanno capo al concorrente, di misure di gestione ambientale che l'operatore potrà applicare durante la realizzazione dell'appalto o della conformità dei beni con riferimento a determinati requisiti o norme¹⁷⁷.

Il problema principale per quanto riguarda i criteri di ammissione alla gara si pone nel caso in cui l'amministrazione delinea parametri più restrittivi rispetto a quelli minimi stabiliti dalla normativa di riferimento, in quanto ciò potrebbe comportare un *vulnus* ai principi di massima partecipazione e non discriminazione all'interno delle procedure ad evidenza pubblica. La giurisprudenza amministrativa sembra orientata verso la direzione di ammettere che le amministrazioni possano richiedere alle imprese requisiti di partecipazione ad una gara d'appalto più rigorosi di quelli minimi stabiliti dalla legge, purché tali requisiti ulteriori si rivelino rispettosi dei

¹⁷⁶ TAR Lazio, Roma, Sez. III, 23 gennaio 2007 n. 426, in *Foro Amm.* – TAR, 2007, 1, 188.

¹⁷⁷ Il riferimento è agli artt. 42-44 del Codice dei contratti pubblici. In merito alle norme in questione, M. OCCHIENA, *Norme di gestione ambientale*, in M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFALI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, II, 1478 ss., ove si sostiene che interpretando la locuzione “unicamente nei casi appropriati” dell'art. 44 a proposito della indicazione da parte della stazione appaltante di determinate misure di gestione ambientale, conformemente alle direttive del 2004, deve ritenersi che le stazioni appaltanti possano chiedere la dimostrazione delle misure di gestione ambientale “tutte le volte in cui lo richieda la natura dell'opera o dei servizi”; in termini contrari si esprime tuttavia la sentenza TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 06 ottobre 2009 n. 2247, in *Foro Amm.* – TAR, 2009, 10, 2948.

principi di proporzionalità¹⁷⁸ e ragionevolezza e siano giustificati da specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto dell'appalto¹⁷⁹. A questo proposito è interessante citare la recente sentenza TAR Brescia n. 19 del 13 gennaio 2014 dove troviamo un perfetto esempio di quanto appena sostenuto a proposito di requisiti ulteriori rispetto a quelli minimi, in questo caso nel settore dei rifiuti. Partendo dal presupposto che in questo settore la disciplina sia particolarmente rigorosa, con l'obiettivo di anticipare la linea della prevenzione rispetto al rischio di infiltrazioni criminali, viene ritenuta pienamente legittima la richiesta da parte della stazione appaltante della necessaria iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali da parte dei concorrenti, essendo la stessa iscrizione subordinata alla mancanza di condanne passate in giudicato per un'ampia serie di delitti¹⁸⁰. Pertanto quando *"la lex specialis" prevede il requisito dell'iscrizione all'Albo, ottiene per questa via non solo una verifica dell'idoneità professionale dell'impresa, ma anche una certificazione sull'assenza di rischi di infiltrazioni criminali"* e questo è da ritenere del tutto legittimo con riguardo all'oggetto dell'appalto e allo specifico settore in questione.

Emerge quindi con chiarezza la connessione che esiste tra l'oggetto dell'appalto e le ulteriori prescrizioni di qualsiasi natura che vengono dettate dall'amministrazione a tutela, nel nostro caso, dell'integrazione dell'interesse ambientale nelle procedure della contrattualistica pubblica. Tutto ciò è perfettamente coerente con l'analisi condotta a proposito delle disposizioni puntuali del Codice che in recepimento delle direttive del 2004 aprono al ricorso agli appalti verdi, sicché eventuali limitazioni eccessive o sproporzionate rispetto all'oggetto medesimo dovranno ritenersi illegittime e saranno passibili di annullamento, mentre clausole *green* giustificabili rispetto ad esso potranno ritenersi pienamente legittime¹⁸¹.

¹⁷⁸ V. PARISIO, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano*, in *Nuove autonomie*, 2006, passim; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova 1998; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008; V. PARISIO, *Protezione dell'ambiente, sviluppo sostenibile e controllo giurisdizionale*, in *Riv. giur. urb.*, 2006, 4, 527 ss..

¹⁷⁹ TAR Liguria, Sez. II, 15 maggio 2008 n. 1009, cit.; Cons. Stato, Sez. VI, 11 maggio 2007 n. 2304, in *Foro Amm.* – CDS, 2007, 5, 1566; Id., Sez. V, 15 febbraio 2007 n. 647, ivi, 2007, 2, 540.

¹⁸⁰ Vedi art. 10 commi 2 e 4 d. m. n. 406 del 1998.

¹⁸¹ Ad esempio TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 17 novembre 2006 n. 5373, cit., che partendo dalla premessa secondo la quale le valutazioni in oggetto riguarderebbero il merito dell'azione amministrativa, ha ritenuto

Un ulteriore problema cui accennare è quello del punteggio attribuibile al rispetto di una determinata clausola ambientale, ovviamente nell'ambito di una procedura da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La valutazione in tal senso della stazione appaltante è connotata da una certa discrezionalità i cui parametri di valutazione e la cui ampiezza non potranno non derivare ancora una volta dalla previa analisi dell'oggetto dell'appalto¹⁸².

Sul punto si è avuta un'evoluzione giurisprudenziale notevole, sviluppatasi a partire dai già citati casi *Concordia Bus Finland* dove il coefficiente verde risultava circa del 10%, e *EVN AG*, dove la percentuale in questione era addirittura del 45%, per arrivare poi a formulazioni esplicite vere e proprie: ad esempio nel 2008 la Commissione ha ritenuto che la promozione degli appalti verdi debba passare attraverso il riconoscimento di una ponderazione rilevante, individuata nel 15% come minimo, ai criteri di aggiudicazione eco-compatibili¹⁸³. Da notare che il Regolamento di esecuzione e attuazione del Codice dei contratti pubblici prevede all'art. 120 primo comma che “*Per i contratti di cui all'articolo 53, comma 2, lettere b) e c), del codice*¹⁸⁴, 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 sessantacinque [considerando un totale di cento]”, facendo rientrare in una percentuale preponderante la considerazione di caratteristiche qualitative, tra cui quelle ambientali, e attribuendo conseguentemente al fattore prezzo una rilevanza non superiore al 35%.

legittima la previsione di una *lex specialis* richiedente una certa specializzazione (in materia di risparmio energetico) nel servizio che si intende appaltare ove coerente con le finalità e l'oggetto del medesimo, in quanto rispondente ai canoni di buon andamento ed efficacia dell'azione amministrativa tutelati dall'art. 97 Cost. Nello stesso senso anche TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 6 ottobre 2009 n. 2247, cit.; Cons. Stato Sez. V, 31 gennaio 2006 n. 348, in *Foro Amm.* – CDS, 2006, 1, 187.

¹⁸² Ad esempio la rapidità e frequenza nello smaltimento dei rifiuti prodotti da un'amministrazione avranno una rilevanza specifica diversa a seconda del fatto che tali rifiuti siano o meno pericolosi, come si evince da Cons. Stato, Sez. V, n. 611 del 17/02/2004.

¹⁸³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni “Appalti pubblici per un ambiente migliore”, 16 luglio 2008, COM (2008) 400, in *ec.europa.eu*, 6.

¹⁸⁴ Si tratta dei contratti di lavori che hanno ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori sulla base del progetto preliminare dell'amministrazione aggiudicatrice.

Sembra dunque che la direzione sia quella del riconoscimento di una legittimità sempre crescente all'attribuzione di punteggi consistenti alle clausole relative alla tutela dell'ambiente e dell'eco-sistema, nell'ambito della contrattazione pubblica.

Una volta cristallizzate nei termini esposti fino ad ora le regole della procedura ad evidenza pubblica, la relativa applicazione ai fini dell'aggiudicazione costituirà esercizio di discrezionalità tecnica¹⁸⁵ in merito ai profili connotati dalla necessità di una valutazione e esercizio di attività vincolata rispetto ai criteri sostanzialmente automatici¹⁸⁶.

4. Il Piano di Azione Nazionale per il *Green Public Procurement* e i Criteri Ambientali Minimi

Il dibattito comunitario descritto nel primo capitolo seguendo il filo rosso dello sviluppo sostenibile ha visto anche altri momenti importanti. Nel 2001 ad esempio, il primo Piano dedicato alla Politica integrata dei Prodotti (IPP)¹⁸⁷ che, non accontentandosi di disciplinare la sola fase dell'acquisto, intendeva già considerare l'intero ciclo di vita dei prodotti, ivi compresi i costi di gestione, di smaltimento e di recupero di questi beni a fine vita. Altrettanto significativa è la Comunicazione della Commissione europea del 2003 sulla politica integrata di prodotto dal titolo *Sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale* COM 302 (2003) dalla quale emerge chiaramente che l'IPP¹⁸⁸ è parte integrante della strategia comunitaria per lo

¹⁸⁵ TAR Campania, Napoli, Sez. I, 18 marzo 2008 n. 1377, in *Foro Amm.* – TAR, 2008, 3, 784; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 4 febbraio 2008 n. 932, ivi, 2008, 2, 487; Cons. Stato, Sez. VI, 27 dicembre 2007 n. 6683, in *Foro Amm.* – CDS, 2007, 12, 3528; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 4 luglio 2007 n. 1735, in *Foro Amm.* – TAR, 2007, 7-8, 2620; TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 8 giugno 2007 n. 6043, ivi, 2007, 6, 2160.

¹⁸⁶ TAR Lombardia, Brescia, 23 novembre 2004 n. 1695, in *www.lexitalia.it*: “con la predisposizione del bando la stazione appaltante ha esaurito la sua facoltà di scelta ed ha sviluppato nel seguito della procedura di gara un'attività di tipo vincolato”. Nello stesso senso TAR Campania, Napoli, 8 febbraio 2008 n. 670, in *Il merito*, 2008, 57; TAR Sicilia, Catania, Sez. IV, 23 febbraio 2006 n. 265, in *Foro Amm.* – TAR, 2006, 2, 764.

¹⁸⁷ Libro verde sulla Politica integrata relativa ai prodotti, presentato dalla Commissione il 7 febbraio 2001, COM (2001) 68.

¹⁸⁸ Il cui obiettivo è quello di “trovare soluzioni vincenti in cui il miglioramento ambientale, vada di pari passo con il miglioramento delle prestazioni dei prodotti e favorisca la competitività dell'industria a lungo termine, conciliando così il miglioramento del benessere e degli stili di vita, che spesso sono direttamente influenzati dai prodotti, con la tutela dell'ambiente”.

sviluppo sostenibile. Anche seguendo questo filone i documenti comunitari sono molti e settoriali ma tutti coerenti nella direzione dello sviluppo sostenibile¹⁸⁹.

È chiaro che la Politica integrata dei Prodotti è parte della strategia europea per lo sviluppo sostenibile: con lo sviluppo del GPP e, al suo interno, del concetto di costo del ciclo di vita, come accennato in precedenza e come diffusamente oltre, si è operata una sorta di *reductio ad unum* delle politiche in questione, tant'è che il Piano di Azione Nazionale di cui ci stiamo per occupare, era previsto inizialmente proprio dalla Comunicazione IPP citata del 2003, per poi essere inquadrato e considerato oggi a tutti gli effetti come strumento di attuazione degli appalti verdi.

a) Il PAN GPP

Nell'ambito della politica Integrata di Prodotto la Commissione europea nel 2003 ha invitato gli Stati membri ad adottare opportuni piani di azione nazionali. L'Italia ha accolto quest'indicazione con la legge n. 296/2006 art. 1 comma 1126 (legge finanziaria per il 2007) e il Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare con D.M. 11 aprile 2008 (G.U. n. 107 dell'8 maggio 2008), di concerto con i Ministri dell'Economia e delle Finanze e dello Sviluppo Economico e con la collaborazione di enti e strutture tecniche di supporto (Consip, Enea, Ispra, Arpa), ha adottato il “*Piano d'Azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della Pubblica Amministrazione*”, detto anche Piano di Azione Nazionale per il *Green Public Procurement*.

Occorre notare tra l'altro che il *green public procurement* si qualifica come uno dei principali strumenti della strategia europea su “Consumo e Produzione Sostenibile” (SCP) COM (2008) 397, che prevede l'adozione di un altro piano, il “*Piano d'azione per il Consumo la Produzione Sostenibili e la Politica Industriale Sostenibile*”, che dovrebbe avere l'obiettivo di un'integrazione omnicomprensiva di aspetti sociali, e non solo ambientali, nelle gare d'appalto, secondo lo *slogan* del

¹⁸⁹ Nel 2007 la Commissione, pur auspicando un quadro di azione di ampio respiro, ha proseguito nell'opera di sensibilizzazione delle amministrazioni degli Stati membri e delle loro articolazioni territoriali pubblicando anche una guida contenente dieci elementi di buone pratiche (*Commission staff working document, Guide on dealing with innovative solutions in public procurement. 10 elements of good practice, 2007*) in cui suggerisce azioni concrete proprio per promuovere quelle nuove tecnologie ambientali in grado di garantire una migliore gestione delle risorse.

passaggio da “acquisti verdi a acquisti sostenibili”¹⁹⁰. Per questo motivo il Ministero dell’Ambiente sta affrontando l’evoluzione della tematica del GPP unitamente a quella SCP attraverso un apposito gruppo di lavoro istituito con decreto del Ministro dell’Ambiente che ha sviluppato la *Guida per l’integrazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*, adottata con il D.M. 6 giugno 2012, G.U.R.I. n. 159/2012¹⁹¹.

Tutto ciò sta a testimoniare il grande fervore che ruota oramai attorno ai temi della sostenibilità in senso lato, con una continua produzione di documenti e dichiarazioni di principi, a cui non è semplice stare dietro almeno fino alla relativa “stabilizzazione” delle politiche di riferimento, che probabilmente avverrà anche grazie al recepimento delle nuove direttive di settore del 2014¹⁹².

Dal punto di vista “storico”, l’adozione del Piano è stata un processo lungo e difficoltoso e anche quando è stata portata a compimento la prima fase di previsione del piano, nel 2006 come detto, essa si è concretizzata in un mandato politico governativo debole¹⁹³. L’adozione del PAN GPP ha incontrato resistenze anche dal punto di vista contabile, nel senso che la Ragioneria Generale dello Stato ne ha bloccato per diverso tempo l’*iter* di approvazione sollevando obiezioni relative al

¹⁹⁰ La Commissione europea ha pubblicato nei primi mesi del 2011 la “Guida Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici”, coniando il termine “appalti pubblici socialmente responsabili” (Socially Responsible Public Procurement, SRPP) e facendo riferimento a nove diversi aspetti, talvolta sovrapponibili, che possono essere considerati come “criteri sociali” negli appalti pubblici: opportunità di occupazione (es. occupazione giovanile); il lavoro dignitoso (orario di lavoro, salario ecc.); la conformità con il diritto del lavoro (es. conformità con i contratti collettivi di lavoro); l’inclusione sociale (il *favor* verso cooperative sociali); l’accessibilità per tutti (es. progettazione che elimina le barriere architettoniche); il “commercio equo e solidale”; la “responsabilità sociale d’impresa”; i diritti umani; la promozione delle Pmi.

¹⁹¹ Il Governo italiano, tra i primi in Europa, si è adoperato per rispondere a questo invito, elaborando nel marzo 2014 il documento “Le fondamenta del Piano di azione italiano sui Principi guida delle nazioni unite sulle imprese e i diritti umani”. Il documento dedica un capitolo intero alla dimensione dei diritti umani negli appalti pubblici (6. Politiche per gli appalti pubblici) e cita la Guida ai “criteri sociali” del ministero dell’Ambiente, appena richiamata.

¹⁹² La nuova direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici infatti contiene alcuni aspetti interessanti per l’integrazione dei criteri sociali, tra i quali: l’impegno degli stati membri ad adottare misure adeguate per garantire il rispetto, da parte degli operatori economici, degli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell’Unione, dal diritto nazionale, da accordi collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell’allegato X (Convenzioni fondamentali dell’Organizzazione internazionale del lavoro, Ilo, art. 18 par. 2); l’esclusione dalla partecipazione agli appalti pubblici degli operatori economici nel caso di lavoro minorile (art. 57 par. 1 lettera f); criteri sociali tra i criteri di aggiudicazione (art. 67 par. 2).

¹⁹³ Si pensi che le previsioni di legge in questione erano poco chiare e soprattutto che la cifra prevista per l’attuazione e la gestione del piano era di soli 50.000 euro a fronte dei milioni stanziati per il GPP nel bilancio di paesi molto più piccoli dell’Italia.

possibile aumento della spesa pubblica che da questo poteva derivare. Questi problemi rapidamente accennati hanno fatto sì che la montagna partorisce il topolino e che il Piano si configurasse in termini per nulla obbligatori nei confronti delle p.a. ma piuttosto sotto forma di “inviti”, introducendo frasi poco chiare ad esempio sul ruolo della Consip chiamata a recepire i criteri ambientali minimi nelle proprie gare “*ove tecnicamente possibile*”¹⁹⁴.

L’obiettivo del Piano, che è stato aggiornato nel 2013¹⁹⁵, è principalmente quello di promuovere la diffusione degli appalti verdi presso gli enti e le amministrazioni pubbliche e nel contempo fornire indicazioni tecniche omogenee in modo da permettere a tutti i soggetti che vogliono mettere in atto il GPP di disporre di criteri ambientali facilmente applicabili nei propri bandi di gara con una semplice operazione di “taglia e cuci”. In tal modo si vuole ottenere il risultato di garantire sull’intero territorio nazionale la diffusione di linee omogenee di tendenza capaci di orientare p.a. e produttori perseguendo il miglioramento ambientale e stimolando l’innovazione tecnologica, realizzando così lo sviluppo sostenibile, possibile volano della ripresa economica dopo la lunga fase di stallo attraversata dal nostro paese e dall’intera euro-zona.

Dal punto di vista strutturale il Piano in analisi è costituito da un documento base (quello del 2008 aggiornato nel 2013) e da una serie di decreti attuativi del Ministro dell’ambiente che adottano i criteri ambientali minimi per i diversi gruppi di prodotto appartenenti alle categorie di prodotti/servizi indicati nella norma di riferimento (la legge 296/2006) e ripresi nel documento base, i quali dovrebbero come detto rappresentare il punto di riferimento a livello nazionale in materia di acquisti pubblici verdi e che potranno essere utilizzati dalle stazioni appaltanti, inserendoli nei bandi, per consentire al Piano di massimizzare i benefici ambientali ed economici.

Dal punto di vista gestionale invece il Piano, così come conformato dalle modifiche del 2013 prevede:

¹⁹⁴ Su tutto ciò, diffusamente R. RIFICI, Responsabile sezione certificazione ambientale e GPP – MATTM, *Il piano di azione nazionale sugli appalti verdi*, in *Gazzetta dell’Ambiente*, n. 2, 2012.

¹⁹⁵ D.M. 10 aprile 2013 pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 102 del 3 maggio 2013.

- un “Comitato di Gestione”, cui è affidata l’attività di coordinamento e alcuni compiti squisitamente tecnici, composto dai rappresentanti dei tre Ministeri di riferimento (Ministero dell’Ambiente, Ministero dello Sviluppo Economico e Ministero dell’Economia e delle Finanze), dell’Ispra, della Consip, dell’Enea, da esperti di alcune Arpa e da due rappresentanze delle regioni. La composizione del Comitato è stata poi modificata con l’inserimento di rappresentanti di altre istituzioni nazionali (il Ministero dell’Agricoltura e l’Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici ora Autorità Nazionale Anti Corruzione¹⁹⁶);
- un “Tavolo di confronto permanente”, dove il Ministero dell’Ambiente e la Consip si confrontano con le centrali di acquisto regionali sui criteri ambientali minimi prima della loro adozione e prima di esaminare le eventuali criticità riscontrate in fase di applicazione;
- “Tavoli di consultazione” con le associazioni di categoria, specifici per ciascuna categoria di prodotto indicata nel Piano.

Dal lato dinamico, la gestione comporta varie attività, di cui le principali sono: individuare i requisiti ambientali da introdurre nelle procedure di acquisto per le categorie di prodotti, servizi e lavori oggetto del piano stesso (Criteri ambientali minimi o CAM); programmare e realizzare le attività relative alla formazione e alla comunicazione; impostare e svolgere il monitoraggio utile a verificare l’efficacia del piano d’azione e controllare l’andamento degli obiettivi da perseguire.

Il PAN risponde dunque all’esigenza di dare un forte *input* di politica ambientale alle Pubbliche Amministrazioni, fornendo loro uno strumento tecnico/amministrativo comune proprio per facilitare la diffusione del GPP. “*Pur non avendo portata vincolante, il Piano assume comunque un rilevante significato, in quanto si presenta come riferimento anche per i produttori, offrendo agli stessi indicazioni sia sul piano concreto che su quello giuridico*”¹⁹⁷.

¹⁹⁶ A seguito del decreto legge n. 90/2014 convertito in legge n. 114/2014, il quale sopprime l’AVCP e trasferisce le competenze in materia di vigilanza dei contratti pubblici all’Autorità Nazionale Anticorruzione.

¹⁹⁷ A. MAESTRONI, *Politiche nazionali in tema di appalti verdi*, in *I contratti pubblici tra principi interni e vincoli sovranazionali*, a cura di M. ANDREIS, 2011, Giuffrè.

Per quanto riguarda i risultati da raggiungere, esiste un programma di monitoraggio sull'applicazione del Piano gestito, tramite un protocollo d'intesa con il Ministero dell'Ambiente, prima dall'AVCP e ora dall'ANAC.

b) I Criteri Ambientali Minimi

Come accennato, i “Criteri Ambientali Minimi” adottati con Decreto Ministeriale riportano delle indicazioni generali volte ad indirizzare l'ente verso una razionalizzazione dei consumi e degli acquisti, fornendo delle “considerazioni ambientali” propriamente dette collegate alle diverse fasi della procedura di gara e volte quindi a qualificare ambientalmente le forniture e gli affidamenti lungo l'intero ciclo di vita del servizio/prodotto¹⁹⁸.

I criteri ambientali minimi sono individuati fra i criteri ambientali in vigore relativi alle etichette di qualità ecologica ufficiali già presenti sul mercato o fra altre fonti informative esistenti, per esempio le normative che impongono determinati standard ambientali quali le misure adottate nell'ambito della Direttiva 2009/125/CE detta *ERP (Energy Related Products)*, relativa all'istituzione di un quadro comune per l'elaborazione di specifiche per la progettazione eco-compatibile dei prodotti connessi all'energia, e attraverso le indicazioni che provengono dalle parti interessate dell'industria come le associazioni di categoria, interazione possibile grazie alla presenza dei Tavoli di consultazione nella procedura di definizione dei CAM, come accennato in precedenza¹⁹⁹.

Per completezza e nella prospettiva *de iure condendo* si segnala che nell'ambito della strategia “Consumo e produzione sostenibile” citata è prevista l'elaborazione di criteri ambientali minimi europei, nell'intento di rendere uniforme anche sotto questo aspetto il diritto interno di tutti i Paesi membri. Per garantire una maggiore partecipazione delle parti interessate degli Stati membri al processo di definizione

¹⁹⁸ I criteri attualmente in vigore riguardano: Apparecchiature elettroniche per uso ufficio, Arredi per ufficio, Aspetti sociali negli appalti pubblici, Carta, Cartucce per stampanti, Illuminazione pubblica, Pulizia e prodotti per l'igiene, Rifiuti urbani, Ristorazione collettiva e derrate alimentari, Serramenti esterni, Servizi energetici per gli edifici (illuminazione, climatizzazione), Tessili, Veicoli, Verde pubblico, Arredo urbano. I criteri in via di definizione invece riguardano: Costruzione e manutenzione delle strade, Servizio di illuminazione pubblica, Edilizia, Ausili per incontinenza, Servizio di pulizia negli ambienti ospedalieri.

¹⁹⁹ Fonte: sito del Ministero dell'Ambiente.

dei criteri di *green public procurement* europei e al fine di rafforzare le sinergie tra i vari strumenti di SCP orientati al prodotto, è stata peraltro stabilita una nuova procedura che prevede il coinvolgimento attivo del “Joint Research Centre’s Institute for Prospective Technological Studies” (JRC-IPTS) della Commissione europea. Questo ente coordina la procedura di definizione dei criteri europei, sulla base di un calendario di priorità annuale, adottato con il *GPP Advisory Group*, costituito dai referenti istituzionali in materia²⁰⁰. Il processo di definizione dei criteri europei prevede la possibilità, per le parti interessate, quali gli operatori economici, di formulare osservazioni sulle diverse fasi di definizione delle proposte di criteri europei elaborate dallo stesso Joint Research Centre²⁰¹.

Tornando ai criteri minimi, è interessante approfondire quanto detto a proposito di specifiche tecniche e dell’art. 68-bis del Codice dei contratti pubblici. Sia consentito citare quel che già scritto in precedenza *“Peraltro occorre segnalare che il d.d.l. collegato alla legge di stabilità per il 2014 prevede all’art. 12, “Applicazione di criteri ambientali minimi negli appalti pubblici per le forniture e negli affidamenti di servizi”, l’introduzione dell’art. 68-bis concernente l’applicazione dei criteri ambientali minimi nelle procedure di gara per forniture e servizi, espressione di un cambiamento irreversibile nella politica di tutela ambientale”*²⁰².

Chiarito preliminarmente che si tratta di un testo non ancora approvato, entriamo un po’ più nei dettagli.

La norma in questione prevede l’obbligo per le amministrazioni pubbliche (incluse le centrali di committenza) di contribuire al perseguimento degli obiettivi

²⁰⁰ Tale Advisory Group è un organismo con funzioni consultive della Commissione europea in materia di politiche generali su GPP e per lo sviluppo dei criteri di GPP europei. Tale organismo è composto da un rappresentante per stato membro e di cinque rappresentanti provenienti da altri portatori di interessi (per esempio: società civile, industria, piccole e medie imprese, amministrazioni locali etc.).

²⁰¹ Si invitano dunque le parti interessate che operano a livello nazionale, in particolare le associazioni di categoria, a partecipare direttamente al processo di costruzione dei criteri europei, sia presenziando ai momenti di confronto periodicamente organizzati, sia inviando contributi per via telematica secondo le modalità individuate dal JRC, in modo che le istanze nazionali siano efficacemente rappresentate in sede europea. Al fine di rafforzare la posizione nazionale in sede europea, è peraltro opportuno che i contributi riportati in sede europea da parte dei soggetti interessati, utili anche alla definizione dei CAM nostrani, vengano trasmessi per via telematica anche al Ministero dell’Ambiente, referente istituzionale nazionale dell’Advisory Group.

²⁰² Si tratta dell’Atto del Senato n. 1676 “Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di *green economy* e per il contenimento dell’uso eccessivo di risorse naturali”, già approvato dalla Camera dei deputati e ora in fase di esame in commissione al Senato.

ambientali di sostenibilità dei consumi della p.a., attraverso l'inserimento nei documenti di gara relativi ai predetti appalti e affidamenti, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei decreti ministeriali adottati in attuazione del PAN GPP, relativi all'acquisto di lampade e di servizi di illuminazione, ai servizi energetici per gli edifici e alle attrezzature elettriche ed elettroniche per l'ufficio.

Tale obbligo si applica, per almeno il 50 per cento del valore degli appalti (sia di importo inferiore sia di importo superiore alle soglie di rilievo comunitario) anche alle categorie di forniture e di affidamenti elencate nel comma 2²⁰³. Infine è prevista l'applicazione dei predetti obblighi anche alle forniture di beni e servizi e agli affidamenti di lavori oggetto di ulteriori decreti ministeriali di adozione dei relativi criteri ambientali minimi. Al comma 3 inoltre è previsto che il Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, con proprio decreto, preveda un incremento progressivo della percentuale di cui al comma 2, relativamente ai prodotti e servizi di cui all'allegato 1 del D.M. del 25 luglio 2011, nell'arco di cinque anni, nonché aggiorni l'allegato medesimo, con la possibilità di prevedere ulteriori forme di certificazione ambientale, opportunamente regolamentate. Ciascun soggetto obbligato (comma 4) all'attuazione delle disposizioni di cui al presente articolo, è tenuto a pubblicare sul proprio sito istituzionale i bandi e documenti di gara con le clausole contrattuali recanti i relativi criteri ambientali minimi, nonché i soggetti aggiudicatari dell'appalto e i relativi capitolati contenenti il recepimento dei suddetti criteri minimi. L'obbligo (comma 5) 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.

Le disposizioni in esame sono interessanti per due ordini di ragioni. La prima è che collocando i criteri ambientali minimi all'art. 68-bis, subito dopo le specifiche tecniche, probabilmente il legislatore vuole dare anche un segnale sul “valore” e la funzione dei CAM, assimilabili alle specifiche appunto, quanto a natura e utilizzo.

²⁰³ Carta per copia e carta grafica, ristorazione collettiva e derrate alimentari, affidamento del servizio di pulizia e per la fornitura di prodotti per l'igiene, prodotti tessili, arredi per ufficio; affidamento del servizio di gestione dei rifiuti urbani e del servizio di gestione del verde pubblico; forniture di cartucce per stampanti e affidamento dei relativi servizi integrati di ritiro e forniture.

La seconda e ben più importante è che nelle disposizioni analizzate si parla di riferimento ai criteri ambientali minimi in termine di obbligo, cosa che darebbe molta più forza ai criteri stessi e al PAN GPP che li prevede, portando a termine un lungo percorso nel quale, come visto in precedenza, il ruolo del Piano e dei suoi criteri non è stato definito in modo molto preciso o comunque non è stato dotato di quella obbligatorietà che gli sarebbe necessaria per spiegare a pieno i propri effetti.

Ancora il collegato ambiente citato, stavolta all'art. 13 "*Applicazione di criteri ambientali minimi negli appalti pubblici*", reca ulteriori norme sull'argomento in analisi. In particolare il comma 3 modificando l'articolo 64, comma 4-bis, del Codice dei contratti pubblici, prevede che i bandi-tipo, sulla base dei quali sono predisposti i bandi da parte delle stazioni appaltanti, debbano contenere indicazioni per l'integrazione dei criteri ambientali minimi. Il comma 4, nel modificare l'articolo 83, comma 1, lettera e) del Codice dei contratti pubblici, integra i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa relativamente alle caratteristiche ambientali e al contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali, specificando che tali criteri devono riferirsi anche al servizio, e non solo al lavoro e al prodotto, e che, quanto al prodotto, occorre tenere conto anche delle "specifiche tecniche premianti" previste dai criteri ambientali minimi.

Per chiudere il discorso si può notare che la *ratio* globale di disposizioni del genere, seppur importanti, è difficile da cogliere, considerando che siamo in fase di recepimento delle nuove direttive comunitarie del 2014. Probabilmente un intervento organico e contestuale al recepimento in parola darebbe maggiore coesione e organicità alla materia, di per sé complessa e in evoluzione, e bisognosa di tutto meno che di interventi isolati e scollegati fra loro, pur se mossi da buoni propositi²⁰⁴.

²⁰⁴ Sul ruolo dei CAM, in generale e nel collegato ambiente alla legge di stabilità del 2014, vedi anche l'estratto dell'audizione in Commissione Ambiente alla Camera dei deputati del Ministro dell'Ambiente Gianluca Galletti, del 2 aprile 2014.

c) Gli acquisti verdi attraverso Consip. Qualche dato

E' importante dare uno sguardo a qualche aspetto più "pratico" delle problematiche in questione, per non correre il rischio di astrarre troppo le questioni perdendo di vista quello che in fin dei conti è l'obiettivo ultimo del diritto e della regolazione in senso lato, scienze sociali per loro natura a costante confronto con la realtà della società umana e dei suoi cambiamenti.

Come visto, Consip²⁰⁵ ha un ruolo centrale e attivo nella promozione degli appalti verdi e nel supporto del Piano di Azione Nazionale GPP, articolando questa sua attività in più momenti distinti²⁰⁶. *In primis* infatti Consip è membro del Comitato di gestione per l'attuazione del Piano; poi collabora nei singoli tavoli tecnici per lo sviluppo dei criteri; infine partecipa al Tavolo di confronto permanente con le centrali di committenza regionali.

Anche il modo in cui la Centrale nazionale di committenza procede all'applicazione dei criteri ambientali minimi è interessante. Essa svolge un processo che può essere riassunto seguendo queste fasi: Selezione delle fonti²⁰⁷; Analisi della documentazione; Selezione dei criteri utilizzabili; Analisi di mercato; Identificazione dei criteri minimi e premianti²⁰⁸.

²⁰⁵ Consip è una società per azioni del Ministero dell'Economia e delle Finanze, che ne è l'azionista unico e lavora al servizio esclusivo delle p.a. come centrale nazionale di committenza: ai processi di acquisto gestiti da Consip possono accedere anche gli enti territoriali, al pari di tutti gli enti pubblici. *Consip: una novità nella pubblica amministrazione*, a cura di D. BROGGI, F. ANGELI, Milano, 2006, passim; A. LAINO, *Convenzioni Consip: chi le ignora paga – Il comune acquista servizi a prezzi più alti? È mala gestio*, in *Dir. e giustizia*, 2006, fasc. 6, 74; L. MINGANTI, *Gli acquisti delle amministrazioni tramite convenzioni quadro: il modello Consip (commento alla l. 30 luglio 2004 n. 191 e al d.p.c.m. 11 novembre 2004 n. 325)*, in *Riv. trim. appalti*, 2005, 1187 e 2006, 187; E. DEL MASTRO, *Convenzioni Consip ed aste elettroniche: ipotesi di esternalizzazioni a confronto*, in *Riv. trim. appalti*, 2004, 1043; A. BALDANZA, *Prime considerazioni della Corte dei conti sul sistema di acquisti centralizzato tramite Consip spa*, nota a C. conti, sez. centr. contr. Stato gestione, 1 luglio 2003, n. 26, in *Foro. Amm. – CDS*, 2003, 2668; S. BANDINI ZANIGNI, *Le nuove modalità di acquisto di beni e servizi della pubblica amministrazione: gare online e adesione alle convenzioni Consip spa*, in *Riv. trim. appalti*, 2003, 821; B. MAMELI, *Collegialità e trasparenza nelle gare Consip*, nota a TAR Lazio, Sez. III, 20 febbraio 2004 n. 1597, in *Urb. e App.*, 2004, 599. Sulla natura pubblicistica di Consip si veda TAR Lazio, Sez. III 20 novembre 2009, n. 11367, in *Riv. amm.*, 2009, 761, con nota di E. PAPASSO, *Le società partecipate tra funzione e struttura rivestita*.

²⁰⁶ Nel portale della CONSIP, le Convenzioni verdi e ogni iniziativa verde, sono contraddistinte da una foglia verde. Sul "modus operandi" della Centrale di committenza nazionale vedi anche L. FIORENTINO, *Il modello Consip nella finanziaria per il 2008*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, p. 483 e ss.

²⁰⁷ Criteri Ambientali Minimi, EU Ecolabel, altri label in materia ambientale, norme tecniche, best practice.

²⁰⁸ I dati e le informazioni riportate fino a qui e in seguito a proposito di CONSIP provengono dalla relazione *Le azioni a supporto del PAN GPP attuate dalla centrale di acquisto nazionale e i risultati ottenuti da Consip sugli acquisti verdi*, Lidia Capparelli, in *Atti della Conferenza su "Uso strategico degli appalti pubblici per un'economia sostenibile"*, Presidenza del Consiglio dei Ministri - Sala Polifunzionale ROMA - 25 novembre 2014.

Tutto questo rientra nel più ampio programma di razionalizzazione degli acquisti nella p.a., che si basa sull'utilizzo delle tecnologie ICT (*Information and Communications Technology*) applicate ai processi di approvvigionamento ed ha lo scopo di razionalizzare la spesa di beni e servizi delle pubbliche amministrazioni, riducendo i costi unitari grazie ad una approfondita conoscenza dei mercati ed all'aggregazione della domanda, nonché di semplificare e rendere più rapide e trasparenti le procedure di approvvigionamento pubblico²⁰⁹.

Consip, quale protagonista dei sistemi di approvvigionamento pubblico ad ogni livello territoriale²¹⁰, ha avviato un sistema di GPP che ha permesso di introdurre nelle proprie iniziative criteri ambientali: nella vetrina delle convenzioni che ha stipulato e che propone alle p.a., è possibile selezionare quelle a basso impatto ambientale, i cui requisiti sono stati condivisi anche con il Ministero dell'Ambiente²¹¹.

Passando a qualche numero nel primo grafico osserviamo come, stando al marzo del 2014, alte percentuali per ogni tipologia di iniziativa di Consip integrano criteri di sostenibilità ambientale:

²⁰⁹ Il Programma per la razionalizzazione degli acquisti nelle P.A. è del 2000 e mette a disposizione delle amministrazioni strumenti di e-procurement ed ha il suo centro operativo nel portale www.acquistinretepa.it.

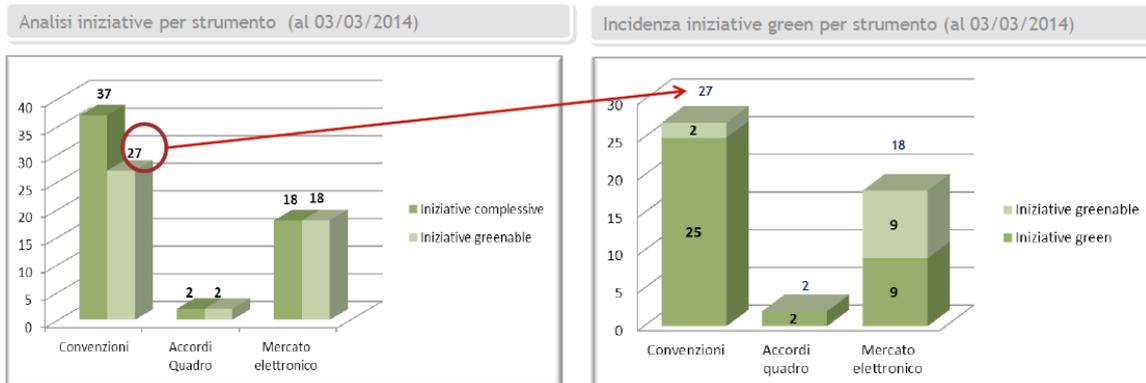
²¹⁰ Gli enti territoriali al pari di tutti gli enti pubblici possono accedere ai processi di acquisto gestiti da Consip.

²¹¹ Nell'ottobre 2010 Consip ha ricevuto la certificazione di qualità ISO 9001-2008 per l' "Ideazione, progettazione, sviluppo e attivazione di iniziative per l'acquisizione di beni e servizi, in qualità di centrale di committenza per la pubblica amministrazione: Convenzioni e Mercato Elettronico".



consip Dati di sintesi sui risultati raggiunti

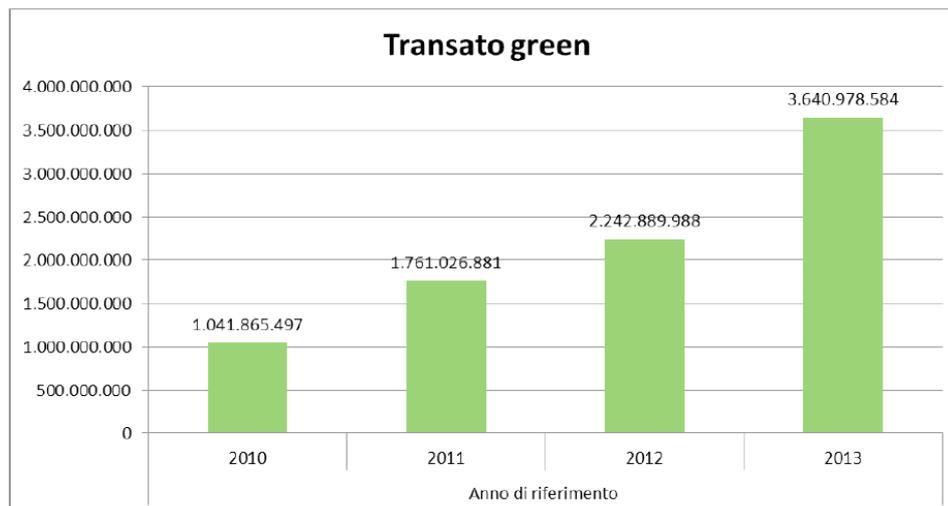
Con l'obiettivo di ridurre l'impatto ambientale dei beni e servizi utilizzati dalle PA, il numero di iniziative verdi è **aumentato considerevolmente** nel corso degli anni



Fonte: acquistinretepa.it

Circa il 91 % delle convenzioni attive e aggiudicate, il 100% degli Accordi Quadro attivi e circa il 53% delle iniziative su mercato elettronico integrano criteri di sostenibilità.

Anche avendo riguardo ai dati sul transato di Consip, cioè il valore degli ordinativi di fornitura sottoscritti nell'anno di riferimento, risulta con chiarezza che il cosiddetto *transato green* cioè quello legato ad appalti eco-sostenibili e quindi verdi, sia in costante crescita nel corso degli anni:



Si evidenzia un progressivo aumento del transato green negli anni. Forte è il contributo di iniziative legate ai servizi agli immobili come meglio dettagliato nelle successive slide.

Pur con la consapevolezza che, come già osservato, ci sia ancora molto da fare per uno sviluppo effettivo degli appalti verdi e che la Consip abbia una posizione centrale “forte” e “privilegiata” nell’attuare politiche di questo tipo, i dati esposti fanno ben sperare sulla direzione intrapresa in materia di *green public procurement*, potendo senz’altro fungere da *benchmark* per tutte le altre amministrazioni pubbliche, consentendo, in attesa di modifiche normative, di guardare con fiducia alle esperienze delle altre stazioni appaltanti, ad ogni livello, nella loro quotidiana attività di acquisto pubblico.

5. Politiche verdi nei contratti pubblici degli enti locali

L’argomento è talmente vasto che potrebbe essere l’oggetto principale di un autonomo studio di approfondimento. In questa sede sarà solamente accennato, per completezza e organicità del lavoro, anche perché stando alle esperienze locali realizzate e ai risultati *medio tempore* raggiunti, si può affermare che buona parte

del successo o meno degli appalti verdi, passi proprio dalle politiche degli enti locali in materia.

Partendo ancora una volta dal Piano di Azione Nazionale per il *Green Public Procurement*, osserviamo che esso contiene previsioni riguardanti le Regioni e gli enti locali. *In primis* si prevede che, nell'ambito degli obiettivi nazionali, il 30% delle Regioni, delle Province, delle Città metropolitane e dei Comuni con oltre 15mila abitanti adottino procedure di acquisto conformi ai criteri ambientali minimi²¹². Tra l'altro questa percentuale, a seguito dell'aggiornamento del PAN del 2013²¹³, è divenuta del 50%, ma è ora riferita all'obiettivo di integrazione dei criteri ambientali minimi nei bandi di ogni stazione appaltante.

In secondo luogo il Piano Nazionale invita le Regioni e gli enti locali a procedere ad un'analisi preliminare degli acquisti volta a razionalizzare i bisogni dell'ente, ad attivarsi per conformarsi agli obiettivi del PAN ed a definire un sistema di monitoraggio a livello locale sul raggiungimento degli stessi. Le Regioni in particolare sono invitate ad adottare atti normativi per l'introduzione dei criteri ambientali nel proprio processo di approvvigionamento di beni, servizi e lavori e in generale tutti gli enti locali sono invitati a conformarsi al contenuto del Piano²¹⁴.

Partendo dal presupposto che la normativa nazionale sui contratti pubblici si propone di regolare in modo generale e unitario la materia, assicurando l'applicazione delle direttive comunitarie nei confronti di tutte le p.a., si deve ritenere che l'adeguamento delle Regioni e degli enti locali al Piano di Azione

²¹² Tale valutazione verrà realizzata rapportando il valore dei bandi sostenibili rispetto al totale dei bandi pubblicati.

²¹³ Decreto 10 aprile 2013 (G.U. n. 102 del 3 maggio 2013).

²¹⁴ A tal proposito il paragrafo 5.2 del PAN si intitola "Prescrizioni particolari per le Regioni e gli enti locali" e riporta: "Le Regioni sono invitate a includere il GPP nella normativa regionale e settoriale e a valutare: la possibilità di veicolare incentivi economici previsti a legislazione vigente per supportare gli appalti; l'introduzione di criteri ambientali nel processo di razionalizzazione dell'acquisizione di beni, servizi e lavori nella propria amministrazione nell'ambito del "Sistema a rete" di cui all'art. 1 comma 457 della Legge n. 296 del 2006 (Legge Finanziaria per il 2007) tra Consip e le centrali d'acquisto regionali; l'orientamento del processo d'acquisto di beni, servizi e lavori degli enti locali verso criteri di sostenibilità ambientale. Le Province e i Comuni sono altresì invitati a conformarsi ai contenuti del PAN, promovendo interventi di efficienza energetica nell'edilizia scolastica nonché integrando nelle procedure d'acquisto almeno i criteri ambientali minimi individuati a seguito dell'adozione del presente piano di azione. Particolare raccomandazione è rivolta agli enti locali registrati EMAS, in possesso di Certificazione ISO 14001 e/o che hanno intrapreso un percorso di Agenda 21, al fine di conformare le proprie politiche ed i propri programmi agli obiettivi posti dal presente piano d'azione".

Nazionale possa realizzarsi attraverso tre vie, non necessariamente alternative²¹⁵. Innanzitutto per il tramite delle leggi regionali e delle previsioni che contengono in materia, in secondo luogo tramite gli atti di pianificazione che le stesse Regioni adottano (i Piani) e che gli enti locali sono chiamati ad adottare in base alla normativa regionale e infine tramite la potestà regolamentare degli enti locali, seppur nei limiti della legge statale o regionale²¹⁶.

Collegato all'argomento in analisi è il tema del riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni, del conseguente riparto di competenza regolamentare e dell'esercizio delle funzioni amministrative. L'argomento, di per sé complesso per qualsiasi materia, lo è forse maggiormente in fatto di contrattualistica pubblica, a causa dell'assenza della materia "appalti" o "contratti pubblici" negli elenchi dell'art. 117 Cost. così come è stato riscritto dalla riforma costituzionale del 2001. La sistemazione della materia è passata attraverso numerose pronunce interpretative delle Corte Costituzionale, in parte recepite nel Codice dei contratti pubblici all'art. 4, a sua volta oggetto di pronunce di costituzionalità. Non è questa la sede per entrare in argomento e ai fini della presente trattazione è più utile concentrarsi sull'essere, quindi sulle esperienze realizzate e in atto da parte degli enti locali, prendendo la legittimità di queste azioni come un elemento esterno e "per dato"²¹⁷.

²¹⁵ G. CREPALDI *Politiche ambientali nei contratti pubblici degli enti locali*, in *I contratti pubblici tra principi interni e vincoli sovranazionali*, a cura di M. ANDREIS, 2011, Giuffrè.

²¹⁶ Occorre notare che in base al regolamento statale del 5 ottobre 2010 n. 207, di esecuzione ed attuazione del Codice dei contratti pubblici, le Regioni a statuto ordinario applicano le disposizioni che contiene seguendo gli ambiti dove c'è la competenza legislativa esclusiva statale, e trovando altresì applicazione negli ambiti di legislazione concorrente sino a quando le Regioni non abbiano adeguato la propria legislazione ai principi desumibili dal Codice. Nulla è stabilito in merito all'efficacia delle norme del regolamento statale negli enti locali, ma non c'è ragione per ritenere che dette norme non si applichino agli enti locali, almeno sino a quando l'ente stesso non si sia dotato di una disciplina esecutiva autonoma. Peraltro il regolamento statale in parola non contiene alcuna disposizione relativa ai requisiti ambientali delle imprese partecipanti a una gara pubblica o relativa alla valutazione delle offerte in base a parametri di eco-sostenibilità. Solo l'art. 281, in attuazione dell'art. 44 del Codice, specifica che per gli appalti di servizi e forniture, la cui esecuzione può causare danni all'ambiente e che richiedono l'utilizzo di misure volte a proteggere l'ambiente, le stazioni appaltanti nell'esecuzione delle prestazioni ambientali 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 modalità previste dalla normativa vigente.

²¹⁷ Gli approfondimenti su questi profili ordinamentali sono vastissimi in dottrina, attenendo all'assetto dei poteri e all'organizzazione costituzionale dello Stato. Si veda ad esempio A. BOTTO, *Manuale sui contratti pubblici*, Dispense LUISS 2014, cap I, reperibili all'indirizzo <http://docenti.luiss.it/botto/materiali-didattici/>; G. CREPALDI *Politiche ambientali nei contratti pubblici degli enti locali*, par. 4 e ss., in *I contratti pubblici tra principi interni e vincoli sovranazionali*, a cura di M. ANDREIS, 2011, Giuffrè.

Il panorama delle iniziative locali a sostegno del GPP è vasto e molto variegato, e la breve rassegna che segue non vuole, né può, essere esaustiva.

Sin dall'inizio degli anni Novanta del secolo scorso molte Regioni hanno adottato leggi per la promozione di acquisti sostenibili con riferimento a determinate tipologie di beni²¹⁸. Alcune Regioni (Puglia, Toscana, Umbria, Emilia Romagna, Liguria) hanno poi di recente approvato delle leggi che si pongono in linea con la normativa nazionale del Codice e del PAN, promuovendo gli acquisti pubblici verdi e prevedendo l'introduzione di aspetti ambientali nelle procedure di acquisto di beni e servizi delle p.a. regionali e locali.

La Regione Puglia ha approvato la prima legge sugli acquisti eco-sostenibili nell'agosto del 2006, legge n. 23, anticipando anche il Piano Nazionale di Azione del Governo che, come si è detto, nella sua prima apparizione risale al 2008. Tale legge prevede che tutte le amministrazioni aggiudicatrici, tra cui la Regione stessa e gli altri enti locali ma anche le società a capitale prevalentemente pubblico e i concessionari di pubblici servizi, approvino un Piano di azione di durata triennale finalizzato alla definizione di un programma operativo per l'introduzione dei criteri ambientali nelle procedure di acquisto di beni e servizi e volto a conseguire l'obiettivo di riconversione al verde, al termine del triennio, di almeno il trenta per cento delle proprie forniture. L'osservanza delle disposizioni della legge regionale è incoraggiata dall'art. 10 della stessa legge in parola, dove si legge al primo comma *“L'osservanza delle disposizioni di cui alla presente legge costituisce condizione preferenziale per accedere a finanziamenti o erogazioni di contributi regionali destinati a consentire interventi in campo ambientale”*²¹⁹.

In osservanza della legge regionale ad esempio, la Giunta della Provincia di Taranto ha adottato una deliberazione (n. 114/2007) volta a promuovere l'introduzione dei criteri ambientali nelle procedure di acquisto e all'adozione di un Piano d'azione triennale sul GPP. Anche l'Arpa Puglia ha agito in tal senso pubblicando nel 2008

²¹⁸ Si pensi alle leggi nn. 5 e 46 del 1991 della Regione Valle d'Aosta che prevedevano l'obbligo di preferire la carta riciclata per la stampa imponendone percentuali minime di acquisto. Nello stesso senso le leggi Regione Toscana 26 luglio 2002 n. 32, Regione Piemonte, 24 ottobre 2002 n. 24 e Regione Lombardia 12 dicembre 2003 n. 26.

²¹⁹ Art. 10, primo comma, l. reg. n. 23/2006.

un “Manuale Operativo per gli Acquisti Verdi in Arpa Puglia”²²⁰. La Regione Umbria²²¹, la Regione Liguria²²² e la Regione Emilia Romagna²²³ hanno approvato analoghi testi normativi. La legge emiliana a differenza delle altre affermava già che nelle procedure di acquisto la Regione applica i criteri ambientali minimi fissati con decreti del Ministro dell’Ambiente, in applicazione del PAN GPP, provvedendo se del caso ad implementare ulteriori criteri o *performance* ambientali più avanzate.

In Toscana esiste un Piano d’Azione dal 2005 anche se “debole”, cioè non previsto dalla legge regionale, redatto da un gruppo di lavoro costituito dalla Regione in collaborazione con l’ICLEI (Consiglio Internazionale delle iniziative Ambientali locali). Un deciso passo avanti invece è stato fatto in questa regione con la l. reg. 19 luglio 2012 n. 37 che modifica la l. reg. 13 luglio 2007 n. 38 contenente norme in materia di contratti pubblici. La legge del 2012 è espressamente rivolta agli appalti verdi, si intitola “*Acquisti verdi e procedure per gli acquisti sostenibili nella pubblica amministrazione*”, ed è molto interessante a partire dal preambolo che richiama come impostazione i considerando delle direttive e elenca una serie di documenti e atti comunitari e nazionali di riferimento sul tema del GPP, per poi definire gli obiettivi della legge, in particolare al par. 3: “*Appare indispensabile perseguire la sostenibilità ambientale dei consumi della pubblica amministrazione e, a tale fine, adottare anche in Toscana un modello di comportamento in base al quale le amministrazioni pubbliche applicano i criteri ambientali in tutte le fasi del processo di acquisto, incoraggiando la diffusione di tecnologie ambientali e lo*

²²⁰ Manuale e relativi capitoli speciali, al fine di “ottenere vantaggi di natura ambientale quali la riduzione del consumo di risorse naturali non rinnovabili e della produzione di rifiuti, l’incentivazione e l’utilizzo di materiali recuperati o riciclati post-consumo o con etichettatura ecologica, nonché la sensibilizzazione su tutto il territorio regionale relativo ai prodotti e servizi eco-compatibili”, come da introduzione del Manuale stesso.

²²¹ L. reg. 9 dicembre 2008 n. 18.

²²² L. reg. 13 agosto 2007 n. 31.

²²³ L. reg. 29 dicembre 2009 n. 28. All’art. 2 si legge che la Regione, le Province e i Comuni con popolazione residente superiore a cinquemila abitanti, sono vincolati alla formulazione di un piano triennale per raggiungere l’obiettivo di integrare le esigenze ambientali nella definizione degli approvvigionamenti, interessando a tale scopo almeno il 30% della spesa complessiva prevista, con previsione di incremento del 10% per ogni triennio fino al raggiungimento almeno del 60%. Vengono inoltre definiti più in dettaglio i criteri ecologici generali ai quali informare la definizione delle procedure di selezione degli acquisti ed i settori merceologici prioritari nei quali articolare il Piano. Ai sensi dell’art. 3 la Regione è l’autorità competente per il monitoraggio dello stato di attuazione della legge e gli Enti locali devono informare annualmente la Giunta relativamente ai provvedimenti assunti.

sviluppo di beni e servizi, la cui produzione e la cui gestione determinino il minore impatto sull'ambiente lungo l'intero ciclo di vita degli stessi"²²⁴.

Passando al testo legislativo vero e proprio, da segnalare è l'art. 3 che inserisce l'art. 3-bis dopo l'art. 3 della l. reg. 38/2007. Qui leggiamo *“Per favorire ed incentivare lo sviluppo di comportamenti responsabili verso l'ambiente, in tutti i casi di incentivi della Regione agli enti locali per azioni che prevedono lo svolgimento di procedure di appalto per acquisizione di lavori, forniture e servizi nell'ambito delle tipologie suscettibili di acquisti verdi, l'erogazione del finanziamento è subordinata alla previsione nel bando di acquisti verdi in una percentuale minima del 35 per cento”*, interessante per il sistema di “leva verde” regionale sugli acquisti degli enti locali, subordinando la concessione di incentivi alla previsione di una percentuale non bassa di parametri verdi nel bando di gara.

Dal breve *excursus* emerge che alcune Regioni hanno imposto l'adozione di piani d'azione ad ogni livello territoriale, a partire dal proprio, altre hanno fatto ricorso direttamente allo strumento legislativo. È importante precisare che è fatta salva sempre la discrezionalità delle amministrazioni riguardo all'inserimento delle clausole ambientali nei bandi di gara, anche laddove troviamo prescrizioni “forti” previste direttamente dalla legge regionale come in Toscana, in linea con quello che è, per il momento, il contesto di riferimento nazionale. Infatti anche nei casi in cui pare che la legge regionale imponga detto inserimento, in realtà si trovano altre norme all'interno dei medesimi testi legislativi che si esprimono in termini di “possibilità”²²⁵ o di incentivi²²⁶.

Non tutte le Regioni si sono mosse ricorrendo a una legge, ad esempio in Sardegna è stato approvato direttamente un Piano per gli acquisti pubblici ecologici²²⁷, primo in Italia dal punto di vista cronologico (il Piano è del 2007), frutto della

²²⁴ L. reg. toscana 37/2012, preambolo, par. 3. È importante che anche negli atti locali, di qualsiasi natura, sia sempre ben presente quello che è, o dovrebbe essere, il filo conduttore di tutti gli interventi in materia, cioè il principio dello sviluppo sostenibile e i suoi corollari.

²²⁵ Si veda l'art. 5 della legge pugliese che afferma che le p.a. aggiudicatrici “inseriscono nei bandi di gara” clausole ambientali e non “possono inserire”. Negli stessi termini anche l'art. 5 della legge umbra. L'art. 6 della stessa legge pugliese però si esprime in termini di possibilità a riguardo della definizione delle specifiche tecniche in termini eco-compatibili e stessa considerazione vale per l'art. 7 della medesima legge a proposito di capacità tecnica dei concorrenti.

²²⁶ In riferimento alla legge regionale toscana del 2012 citata.

²²⁷ Deliberazione della Giunta regionale n. 37/16 del 2009.

collaborazione tra l'Assessorato alla Difesa dell'Ambiente e l'Assessorato per gli Enti locali.

Nello stesso senso anche la Provincia di Roma che ha adottato il proprio Piano di Azione per gli acquisti verdi con delibera della Giunta n. 269/15 del 2009, portando a compimento un lungo percorso partito nel 2003 con un protocollo d'intesa tra la Provincia stessa e l'Arpa per l'avvio di un processo di GPP²²⁸.

Gli enti locali nell'esercizio della loro potestà regolamentare si sono dimostrati molto "vivaci" nel recepire gli inviti a ricorrere sempre più agli appalti verdi. Molti di essi hanno adottato regolamenti per la disciplina degli acquisti eco-sostenibili, sia in recepimento del Piano regionale, ove esisteva, sia autonomamente. Come esempi si possono citare il Regolamento sugli acquisti verdi della Provincia di Rimini e gli omonimi Regolamenti Comunali di Agrigento e Pordenone (adottati con deliberazione del Consiglio comunale) o di Spello, provincia di Perugia, adottato con deliberazione della Giunta.

Le soluzioni come visto sono molteplici, il panorama è molto frammentato e in realtà l'affermazione fatta all'inizio del paragrafo sulle "tre vie" attraverso cui le Regioni e gli enti locali si adeguano agli inviti del Piano di Azione Nazionale è incompleta. Esistono nella realtà locale moltissimi altri atti, talmente eterogenei per natura, efficacia e livello da non essere catalogabili in un macro-insieme unitario, salvo il comune obiettivo di incentivare il ricorso al *green public procurement*.

Il ruolo delle Regioni è stato incentivato anche a livello comunitario, sede in cui sono stati avviati progetti che vedono nelle Regioni i centri ideali di sperimentazione, di ricerca e di attuazione. Ad esempio in attuazione del progetto *Life+GPPinfoNET* sono state istituite reti informative regionali sugli acquisti pubblici verdi, con il proposito di collegare poi le varie reti regionali tra di loro e di attivare strumenti informativi dedicati²²⁹.

²²⁸ Il Piano della Provincia di Roma ha già dato alcuni risultati, primo fra tutti il raggiungimento di tutti gli obiettivi minimi che il Piano si era posto, ed una spesa verde pari a 3.300.000 euro, pari all'85% della spesa per acquisti dei beni e servizi individuati dal Piano (i dati sono riferiti al 2012).

²²⁹ Incontri, news-letter, siti web etc.

In Lombardia, tra le tante iniziative si ricorda il Progetto “*Appalti verdi in Ob2*”²³⁰ e il Tavolo di lavoro regionale sul GPP, coordinato dalla Provincia di Cremona, attivissima in materia di *green public procurement*, che a partire dal 2002 ha investito sugli acquisti verdi con il progetto “*GPPnet la rete degli acquisti pubblici verdi*” finanziato dalla Commissione europea e con numerose altre iniziative in materia, tra cui la redazione di un Manuale sul GPP.

Molti progetti di questo tipo sono stati realizzati in collaborazione con i programmi di Agenda 21 locali, citati nel primo capitolo di questo lavoro. Così per la Provincia di Torino e il progetto APE (Acquisti pubblici ecologici), il progetto “*I love shopping in... Verde*” della Provincia di Bologna, il programma “*Approvvigionamenti verdi*” dei Comuni di Ferrara e Reggio Emilia, il progetto “*Padova acquista verde*” del Comune di Padova, il manuale “*L’ABC degli acquisti pubblici verdi*” in Toscana del gruppo di lavoro regionale sul GPP in collaborazione anche qui con A21L, e moltissime altre iniziative adottate sotto varie forme da Regioni e enti locali, che qui non vi è modo di esaminare²³¹.

Terminata così l’analisi di tutto ciò che è scaturito dalle direttive del 2004 a tutti i livelli del nostro ordinamento, il percorso ripartirà nel prossimo capitolo con i successivi sviluppi in materia di *green public procurement*, cominciando ancora una volta dal dibattito comunitario che, a distanza di dieci anni dalle precedenti, ha portato all’approvazione delle nuove direttive di settore del 2014.

²³⁰ Il progetto di accompagnamento regionale agli enti locali delle aree Obiettivo 2 e a Sostegno Transitorio per introdurre criteri di qualità ambientale e sociale nelle procedure pubbliche di acquisto di beni e servizi e di realizzazione dei lavori, strumento concreto con cui le amministrazioni pubbliche possono raggiungere obiettivi di risparmio delle risorse, diminuzione delle emissioni inquinanti, riduzione della quantità di rifiuti e, quindi, per migliorare complessivamente la qualità dell’ambiente.

²³¹ Il Settore Ambiente della Provincia di Bergamo ha pubblicato nel marzo 2006 le “Linee guida per l’implementazione del GPP negli Enti pubblici”; nella Regione Lazio, l’ARPA Lazio ha attivato una rete regionale di soggetti (enti locali, associazioni ambientaliste, istituti di ricerca) coinvolti da processi di GPP; il Comune di Pisa ha adottato una Carta degli impegni per la promozione del GPP; e molte altre iniziative ancora.

Capitolo III

Le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE

Capitolo III

Le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. I principi di fondo della revisione comunitaria: a) “Appalti pubblici per un ambiente migliore” COM (2008) 400 della Commissione europea; b) L’Europa al tempo della crisi. Europa 2020; c) L’Atto per il mercato unico “Dodici leve” – L’Atto per il mercato unico II; d) Il Libro verde sulla modernizzazione della politica dell’UE in materia di appalti: - Come acquistare; - Che cosa acquistare; - Innovazione. 3. Gli obiettivi e le nuove misure introdotte dalle direttive del 2014. 4. La direttiva 2014/24/UE e gli appalti verdi: a) Le disposizioni “indirettamente legate” agli appalti verdi; b) Le disposizioni sugli appalti verdi: - La clausola orizzontale dell’art. 18, par. 2 della direttiva 24; - Specifiche tecniche; - Criteri di aggiudicazione; - Costo del ciclo di vita. 5. La direttiva 2014/23/UE sulle concessioni: a) La direttiva sull’aggiudicazione dei contratti di concessione in generale; b) Uso strategico dei contratti di concessione. 6. Lo stato del recepimento in Italia e in altri paesi UE: a) In Italia; b) Negli altri paesi.

1. Premessa

Conclusa la rassegna delle “esperienze realizzate” in tema di appalti verdi è il momento di occuparsi del presente e soprattutto del futuro, rappresentato dalle nuove direttive comunitarie del 2014 in materia di contrattualistica pubblica. Lo stato dell’arte per quel che riguarda le direttive 2014/23UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE è il d.d.l. delega attualmente in commissione alla Camera dei deputati²³² che, quando approvato, delegherà appunto il Governo al recepimento delle direttive in parola e all’approvazione tramite d.lgs. del nuovo codice dei contratti pubblici italiano. Tutto questo dovrebbe avvenire entro il 18 aprile del 2016.

L’analisi proseguirà guardando alle novità e alle nuove possibilità di sviluppo del *green public procurement* ma, per forza di cose, sarà necessario delineare

²³² Si tratta dell’Atto Camera n. 3194, già approvato dal Senato della Repubblica e in corso di esame presso la commissione VIII Ambiente, territorio e lavori pubblici, della Camera dei deputati.

l'ambiente, inteso stavolta come contesto, in cui le nuove direttive sono nate e si svilupperanno.

Fino ad ora possiamo dire che la trattazione si è sviluppata secondo un criterio orizzontale e uno verticale. Il primo perché per semplicità e per chiarezza espositiva si è seguito l'ordine cronologico secondo il quale si è avuta l'evoluzione sul tema di cui ci stiamo occupando. Il secondo perché nel capitolo precedente siamo partiti dal livello più alto, quello delle direttive del 2004, per arrivare a quello più basso e di dettaglio, accennando alle politiche degli enti locali e persino a documenti e piani, di rilievo certo, ma di contenuto per nulla precettivo.

Tutto ciò che si è detto ha dovuto sempre misurarsi con quello che in fondo è il dato più importante per lo sviluppo degli appalti verdi e cioè la loro configurazione in chiave di obbligo o di possibilità. Più volte si è fatto riferimento a questo punto nel corso della trattazione senza mai però trovare norme o documenti dal valore obbligatorio. Anche le disposizioni del Codice dei contratti pubblici vigente che abbiamo analizzato e che aprono sul tema degli appalti verdi, sono sempre norme che si esprimono in termini di "possibilità" di integrare considerazioni di tutela ambientale nel diritto dei contratti pubblici.

Questo aspetto non ha sicuramente contribuito allo sviluppo degli strumenti di GPP nella quotidiana attività di contrattazione della p.a., presumibilmente anche al fine di evitare non soltanto contestazioni da parte di aspiranti contraenti che abbiano visto respingere la propria soluzione meno eco-compatibile, ma anche eventuali controlli della Corte dei conti relativi alla scelta di opzioni contrattuali (ritenute) più dispendiose rispetto ad altre²³³.

E' questo dell'obbligatorietà un punto chiave che andremo a ricercare anche nell'analisi delle nuove direttive, per vedere se sul punto ci sia stata o meno una svolta.

Sul piano del contesto invece non si potrà non tenere conto di ciò che è successo in Europa e nel mondo negli ultimi anni. La situazione è cambiata, la crisi economica

²³³ F. GAVERINI, *L'inserimento di clausole "verdi" nelle procedure contrattuali pubbliche, tra merito e discrezionalità*, Conclusioni, in *I contratti pubblici tra principi interni e vincoli sovranazionali*, a cura di M. ANDREIS, 2011, Giuffrè.

è stata dura e solo adesso ci sono dei timidi segnali di ripresa. Tutto questo ha inciso profondamente sulle politiche dell'Unione in ogni campo e anche sulla contrattualistica pubblica. È per questo che bisognerà dare conto delle *exit strategy* comunitarie dalla crisi, prime fra tutte la già menzionata Europa 2020, e del loro rapporto con l'argomento di studio del presente lavoro.

Non si tratta di abbandonare il filo rosso dello sviluppo sostenibile che ci ha condotto finora nella trattazione, ma anzi di andarlo a "ricercare" ancora una volta per vedere come le novità economiche e politiche abbiano inciso sul perseguimento di questo importantissimo interesse. Tutto ciò è coesenziale all'analisi della contrattualistica pubblica almeno quanto lo sono gli obiettivi strettamente economico-regolatori, perché le novità da introdurre in campo di appalti per modernizzare il settore si sono dovute misurare con la contingenza della crisi economica e con le risposte che l'Europa è stata capace di dare, cercando una sintesi efficace attraverso gli obiettivi che si è data e che sta cercando di raggiungere.

Le nuove direttive quindi sono sì la modernizzazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici, ma sono anche il portato del momento complessivo vissuto dall'euro-zona e sono, con riferimento al settore della contrattualistica pubblica, uno degli strumenti messi in campo per voltare pagina, riunendo in sé gli obiettivi regolatori e di innovazione permeati dalla direzione generale che l'Unione ha intrapreso, una sorta di "maxi-principio di integrazione" su scala amplissima.

Con questa premessa e con l'accortezza di analizzare con un occhio sempre rivolto al contesto quanto è stato prodotto a livello comunitario, ripartiamo dal dibattito a livello di Unione, incentrato sull'opportunità di una maggiore flessibilità dei modelli di gara, con ampliamento della discrezionalità dell'amministrazione²³⁴.

²³⁴ G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2012, V, p. 862.

2. I principi di fondo della revisione comunitaria

- a) “Appalti pubblici per un ambiente migliore” COM (2008) 400 della Commissione europea

Ripartiamo come detto dal 2008, a crisi economica ancora agli “albori”.

La comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni in parola è molto interessante a partire dal titolo che già fornisce la cifra di quale sia il *focus* dell'intero documento. Come ogni documento della Commissione che abbia a che fare con gli appalti verdi, la prima è una parte introduttiva, sui “Potenziali vantaggi degli acquisti verdi della p.a.” e sul “Contesto”. Non importa qui analizzare in modo pedissequo ogni paragrafo del documento ma occorre soffermare l'attenzione su quelli che sono i principali punti di interesse che esso reca, cercando di farlo coerentemente con le chiavi di lettura indicate nella premessa introduttiva a questo terzo capitolo.

Notiamo subito che, come esplicitamente riportato, “*la presente comunicazione fa parte del piano d'azione sul consumo e sulla produzione sostenibili (SCP)*”, a cui abbiamo fatto riferimento nel corso del secondo capitolo. Seguendo questa direttrice troviamo i due punti di maggior interesse della comunicazione in parola, il primo con riguardo ai criteri ambientali da inserire nelle procedure, il secondo con riguardo all'obbligatorietà dell'inserimento di detti criteri nelle gare.

Tra gli “Ostacoli all'utilizzo del GPP”²³⁵ individuati dalla Commissione troviamo proprio, tra gli altri, l’*“incertezza sulle possibilità giuridiche di inserire criteri ambientali nei documenti di gara”*²³⁶ e al paragrafo 6 intitolato “Possibili misure obbligatorie” esplicitamente si rimanda al piano d'azione sul consumo e la produzione sostenibili (SCP) che avrebbe previsto misure verdi obbligatorie da

²³⁵ Par. 1.4 della Comunicazione 2008 (400).

²³⁶ Gli altri ostacoli all'utilizzo del GPP sono: - i criteri ambientali stabiliti per i prodotti/servizi sono scarsi e, quando esistono, i meccanismi (es. basi dati) per pubblicizzarli sono spesso insufficienti; - le informazioni sul calcolo del costo dei prodotti per tutto il ciclo di vita e i costi relativi di prodotti/servizi non nocivi per l'ambiente sono insufficienti; - la consapevolezza quanto ai vantaggi di prodotti e servizi non nocivi per l'ambiente è ridotta; - mancano il sostegno politico e, di conseguenza, le risorse per l'attuazione/promozione del GPP (in particolare è necessario migliorare la formazione); - manca uno scambio coordinato delle migliori pratiche e informazioni fra regioni e amministrazioni locali.

inserire negli appalti pubblici, individuate come adeguati stimoli per promuovere l'utilizzo di prodotti ad elevata efficienza ambientale, evitando al tempo stesso distorsioni del mercato interno che potrebbero verificarsi in caso di incentivi puramente nazionali al GPP. Tra gli orientamenti finali del documento la Commissione prevede “*orientamenti giuridici e operativi per l’attuazione del GPP, in quanto l’incertezza giuridica su alcune questioni viene avvertita ancora come una barriera a un ricorso armonizzato a tale tipo di appalti/acquisti*”.

Anche sul versante dell’individuazione dei criteri ambientali la comunicazione in analisi tenta un passo in avanti. *In primis* come appena visto individuandoli come terreno ideale per introdurre prescrizioni obbligatorie di *green public procurement*; poi curando la loro elaborazione e sviluppo proponendone l’aumento, sia in termini di settori a cui riferirli, sia in termini di raggio d’azione immaginando criteri uniformi a livello europeo.

Dal secondo punto di vista si fa riferimento a criteri ambientali già esistenti a livello europeo per specifici settori, all’epoca già in vigore o in fase di approvazione. I riferimenti della comunicazione sono al regolamento “*Energy Star*”²³⁷ e alla direttiva sulla progettazione eco-compatibile dei prodotti che consumano energia²³⁸, così come alle allora proposte di direttive che miravano a fissare criteri utili per il GPP, come la proposta di revisione della direttiva per la progettazione eco-compatibile dei prodotti che consumano energia, che prevedeva la definizione sia di requisiti minimi che di parametri avanzati di prestazione, la proposta di direttiva relativa alla promozione di veicoli puliti e a basso consumo energetico²³⁹, che

²³⁷ Regolamento (CE) n. 106/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 gennaio 2008, concernente un programma comunitario di etichettatura relativa ad un uso efficiente dell’energia per le apparecchiature per ufficio. Il regolamento è stato aggiornato con l’accordo tra Parlamento europeo e Consiglio 174/2013. Tra le novità l’aggiornamento dei sistemi di etichettatura indicati nel regolamento del 2008 con le nuove norme sulla progettazione ecocompatibile e sulla etichettatura del consumo energetico dei prodotti connessi all’energia (regolamento 2009/125/CE e direttiva 2010/30/UE. Compaiono inoltre riferimenti alla nuova direttiva 2012/27/UE sull’efficienza energetica.

²³⁸ Direttiva 2005/32/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 2005, relativa all’istituzione di un quadro per l’elaborazione di specifiche per la progettazione ecocompatibile dei prodotti che consumano energia.

²³⁹ COM (2007) 817 definitivo del 19.12.2007; la proposta mirava a introdurre una metodologia armonizzata per il calcolo del costo per l’intero ciclo di vita delle emissioni inquinanti e del consumo di carburante (costi esterni) dei veicoli e voleva imporre alle autorità aggiudicatrici e agli operatori di trasporti pubblici di utilizzare tale metodologia nel calcolare il prezzo globale di un veicolo per le decisioni di appalto. La proposta di direttiva si è concretizzata poi nella direttiva 2009/33/CE del Parlamento europeo e del Consiglio,

introduceva una metodologia armonizzata per calcolare i costi connessi all'intero arco di vita delle emissioni inquinanti e del consumo di carburante, e la proposta di direttiva sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili²⁴⁰, che fissava criteri di sostenibilità per i bio-carburanti e i bio-liquidi e poteva comportare, come previsione per il futuro, la definizione di criteri di sostenibilità per la bio-massa, compresa la bio-massa forestale.

Partendo da questi criteri “specialistici” in vigore o in fase di approvazione la comunicazione 400 del 2008 in analisi propone quindi l’elaborazione e la definizione di criteri ambientali più approfonditi e più diffusi, attraverso uno specifico processo di approvazione, individuando dieci settori prioritari di applicazione in modo da aumentare l’efficienza ambientale e l’innovazione²⁴¹, con le ricadute di stimolo al mercato già evidenziate e, cosa importante, mettendo in piedi per questa via un deciso argine ai rischi di limitazioni della concorrenza, surrettiziamente introducibili tramite la prescrizione di requisiti ambientali. È infatti evidente che se i criteri ambientali sono elaborati a livello europeo e sono uniformi per tutti gli Stati membri, questo rischio non si corre o quantomeno si riduce drasticamente.

Gli strumenti suggeriti dalla Commissione tendono quindi allo sviluppo del GPP e del suo livello di obbligatorietà, chiave di volta fondamentale per l’ideale realizzazione della strategia sullo Sviluppo e la Produzione Sostenibili (SCP).

Tutto questo è rimasto in buona parte sulla carta. Come visto nel secondo capitolo, ancora oggi non abbiamo né criteri obbligatori, al di fuori di quelli specialistici menzionati e riferiti a singoli settori, né criteri ambientali minimi europei.

È chiaro che la presenza di questi “inviti” in documenti ufficiali della Commissione sia importante e aiuti a tracciare la linea da seguire. Ad esempio è chiaro che i criteri ambientali previsti dal nostro Piano di Azione Nazionale per il GPP si

del 23 aprile 2009, relativa alla promozione di veicoli puliti e a basso consumo energetico nel trasporto su strada.

²⁴⁰ COM (2008) 19 definitivo del 23.1.2008; la proposta includeva criteri di sostenibilità per i biocarburanti e i bioliquidi e imponeva alla Commissione di riferire, entro il 31 dicembre 2010, in merito ai requisiti di un piano di sostenibilità per l’impiego a fini energetici della biomassa, diversa da biocarburanti e altri bioliquidi. La proposta di direttiva si è concretizzata nella direttiva 2009/28/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, relativa alla promozione dell’uso di energia da fonti rinnovabili.

²⁴¹ Si veda anche “Manuale sugli appalti pubblici, la ricerca e l’innovazione” http://ec.europa.eu/enterprise/innovation/documents_en.htm e: http://ec.europa.eu/invest-in-research/policy/pub_procurement_en.htm.

ispirino alle proposte comunitarie analizzate, ma fino a quando questo resterà sul terreno degli inviti e della *soft suasion* ne scaturirà poco sul piano pratico. Basti pensare che si parlava di criteri europei nel 2008 come appena detto e ancora nel 2015, come visto nel secondo capitolo, si parla di nuovi criteri minimi europei in fase “di cantiere”, stavolta presso quello del “Joint Research Centre’s Institute for Prospective Technological Studies”.

Per una svolta netta ci sarebbe probabilmente bisogno di una “copertura legislativa” (in senso lato) più forte e le nuove direttive di settore del 2014 sono, o forse erano, l’occasione giusta per vincere la timidezza in materia.

Sul piano più generale si possono ribadire in questa fase le considerazioni già svolte in precedenza sull’utilità di una strategia omnicomprensiva di sviluppo, come quella SCP. Partendo dal presupposto che gli intenti siano meritevoli e che in linea astratta l’inclusione sociale, la lotta alla disoccupazione e le altre politiche ricomprese nella strategia in parola siano tutte utili e da perseguire, è chiaro che il loro affiancamento agli appalti verdi sul piano teorico sia sensato e mosso da volontà di coerenza nelle politiche comunitarie. Sul piano pratico però questo crea confusione. Già solo ponendo mente agli appalti verdi sappiamo che per il momento non hanno molto attecchito nel nostro contesto nazionale, come invece è stato per altri Stati²⁴². Cercare di passare al livello successivo quando quello in cui ci troviamo non è ancora ben assimilato è un azzardo. A livello ministeriale ad esempio c’è un po’ di confusione sull’ordine e la priorità da dare a queste politiche, in apparenza simili ma differenti tra di loro. Anche a livello comunitario stavolta non è solo l’Italia a rappresentare il fanalino di coda. Molti paesi, come noi, non hanno un piano per la strategia SCP e il Piano comunitario che dovrebbe essere di riferimento è fermo al

²⁴² Alcuni Stati membri all’avanguardia nel settore si sono fissati e hanno raggiunto obiettivi ambiziosi. Il governo olandese intendeva arrivare al 100% di appalti sostenibili entro il 2010. Il governo austriaco ha fissato una serie obiettivi da raggiungere entro il 2010 per 5 gruppi di prodotti: IT: 95%, energia elettrica: 80%, carta: 30%, prodotti di pulizia: 95%, veicoli: 20%. In Francia, entro il 2010, il 20% di tutti i veicoli acquistati ogni anno dall’amministrazione centrale per rinnovare il proprio parco macchine è costituito da veicoli “puliti”, il 20% delle nuove costruzioni rispetta le norme HQE (“*Haute Qualité Environnementale*”) o equivalenti e il 50% di tutti i prodotti in legno proviene da fonti legali e sostenibili. Nel Regno Unito il piano d’azione per gli appalti sostenibili è strettamente connesso a una serie di obiettivi sostenibili applicabili agli uffici dell’amministrazione centrale, fra cui si segnala l’impegno a raggiungere un bilancio CO2 neutro entro il 2012 e a ridurre le emissioni di carbonio del 30% (quindi del 10% in più rispetto al comune obiettivo europeo fissato nella strategia Europa 2020), entro il 2020.

2008²⁴³. Si ha l'impressione a volte che la produzione normativa o para-normativa, ufficiale o ufficiosa, della Commissione sia frenetica e in continuo aggiornamento e se questo da un lato è certamente un bene, dall'altro non si può non notare che spesso ingeneri incertezze e confusione essa stessa, sembrando quasi trascurare che dal piano più alto, quello comunitario, le politiche e le impostazioni date debbano poi arrivare agli Stati, alle Regioni e ai loro enti locali. E per fare questo serve tempo e sedimentazione.

La comunicazione del 2008 analizzata è comunque interessante perché situata ancora in un momento storico in cui la crisi era "giovane", ed è quindi indicata a suggerire la direzione in materia di evoluzione della contrattualistica pubblica con un approccio "purista" e non ancora contaminato dalle dovute considerazioni di contesto che, come accennato e come ci apprestiamo a vedere, hanno influenzato non poco il successivo dibattito comunitario in materia.

b) L'Europa al tempo della crisi. Europa 2020

Europa 2020 "Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva" è, come già detto, la *exit strategy* comunitaria dalla crisi economica. Il documento²⁴⁴ nasce dall'esigenza di dare risposte alla crisi che *"ha vanificato anni di progressi economici e sociali e messo in luce le carenze strutturali dell'economia europea"*. La Commissione osserva che *"il mondo si sta rapidamente trasformando e le sfide a lungo termine (globalizzazione, pressione sulle risorse, invecchiamento) si accentuano"*. Dunque, *"l'UE deve prendere in mano il proprio futuro"*, agendo in modo collettivo, in quanto Unione. Su tale base, c'è bisogno di una strategia che consenta di uscire dalla crisi e di *"trasformare l'UE in un'economia intelligente, sostenibile e inclusiva caratterizzata da alti livelli di occupazione, produttività e coesione sociale"*. Si tratta di un quadro dell' *"economia di mercato sociale europea"* per il XXI secolo, in vista dell'anno 2020.

²⁴³ "Consumo e Produzione Sostenibile" (SCP) COM (2008) 397.

²⁴⁴ Comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010, COM(2010) 2020.

Le priorità sono considerate tre: la crescita intelligente, ovvero sviluppare un'economia basata sulla conoscenza e sull'innovazione; la crescita sostenibile, ovvero promuovere un'economia più efficiente sotto il profilo delle risorse, più verde e più competitiva; la crescita inclusiva, ovvero promuovere un'economia con un alto tasso di occupazione che favorisca la coesione sociale e territoriale. Questi traguardi sono connessi tra di loro. Livelli d'istruzione più elevati, ad esempio, favoriscono l'occupabilità e i progressi compiuti nell'aumentare il tasso di occupazione contribuiscono a ridurre la povertà. Una maggior capacità di ricerca e sviluppo e di innovazione in tutti i settori dell'economia, associata ad un uso più efficiente delle risorse, migliorerà la competitività e favorirà la creazione di posti di lavoro. Investendo in tecnologie più pulite a basse emissioni di carbonio si proteggerà l'ambiente, si contribuirà a combattere il cambiamento climatico e si creeranno nuovi sbocchi per le imprese e nuovi posti di lavoro.

La Commissione presenta sette iniziative faro per catalizzare i progressi relativi a ciascun tema prioritario, tra le quali *“un'Europa efficiente sotto il profilo delle risorse, per contribuire a scindere la crescita economica dall'uso delle risorse, favorire il passaggio a un'economia a basse emissioni di carbonio, incrementare l'uso delle fonti di energia rinnovabile, modernizzare il nostro settore dei trasporti e promuovere l'efficienza energetica”*, rientrante nella macro-area della crescita sostenibile.

Questo approccio alla crisi può sembrare scontato ma non lo è affatto. Ben sarebbe potuto succedere che in un momento di recessione prevalessero a livello di strategia comunitaria differenti interessi e differenti punti di vista. Una visione miope avrebbe potuto orientarsi sul “mettere da parte” almeno momentaneamente l'ambiente e la sua tutela per privilegiare ragionamenti puramente economicistici tesi solo a far ripartire lo sviluppo. Se questo non è accaduto, certamente vi è un merito da riconoscere alla strategia Europa 2020 che non ha messo da parte ma anzi ha cercato di valorizzare il principio dello sviluppo sostenibile, in un'ottica di prospettiva, inquadrandolo non come freno ma come volano per l'uscita dalla crisi. Tutto ciò influenza direttamente il mondo degli appalti e a maggior ragione, data l'impostazione del contesto, degli appalti verdi. L'intuizione è quella di “sfruttare”

gli strumenti dell'efficienza ambientale e della sostenibilità per favorire l'innovazione e dare impulso alla ripresa dell'economia per potersi lasciare la crisi economica alle spalle. Crescita sostenibile significa *“costruire un'economia efficiente sotto il profilo delle risorse, sostenibile e competitiva, sfruttare il ruolo guida dell'Europa per sviluppare nuovi processi e tecnologie, comprese le tecnologie verdi, accelerare la diffusione delle reti intelligenti che utilizzano le TIC, sfruttare le reti su scala europea e aumentare i vantaggi competitivi delle nostre imprese, specie per quanto riguarda l'industria manifatturiera e le PMI, e fornire assistenza ai consumatori per valutare l'efficienza sotto il profilo delle risorse. In tal modo si favorirà la prosperità dell'UE in un mondo a basse emissioni di carbonio e con risorse vincolate, evitando al tempo stesso il degrado ambientale, la perdita di biodiversità e l'uso non sostenibile delle risorse e rafforzando la coesione economica, sociale e territoriale”*.

I fronti su cui agire sono quelli della competitività e qui il richiamo agli appalti verdi è esplicito²⁴⁵, quello della lotta al cambiamento climatico²⁴⁶ e quello dell'energia pulita ed efficiente, nell'ottica sì della tutela ambientale ma con indiscussi riflessi anche per l'economia e la crescita. Ad esempio si stima nella comunicazione in esame che se conseguissimo i nostri obiettivi in materia di energia, risparmieremmo 60 miliardi di euro di importazioni petrolifere e di gas da qui al 2020, con la precisazione che non si tratterebbe solo di un risparmio in termini finanziari, ma di un aspetto essenziale per la nostra sicurezza energetica. Facendo ulteriori progressi nell'integrazione del mercato europeo dell'energia si potrebbe aggiungere uno 0,6% supplementare allo 0,8% del PIL. La sola realizzazione dell'obiettivo UE del 20% di fonti rinnovabili di energia potrebbe

²⁴⁵ L'UE ha aperto la strada per quanto riguarda le soluzioni verdi, ma la sua posizione di leader è minacciata dai suoi principali concorrenti, in particolare la Cina e l'America settentrionale. L'UE deve conservare la sua posizione di leader sul mercato delle tecnologie verdi per garantire l'uso efficiente delle risorse nell'intera economia, eliminando al tempo stesso le strozzature nelle principali infrastrutture di rete e rilanciando quindi la nostra competitività industriale.

²⁴⁶ Tra i vari obiettivi concreti prefissati deve essere segnalato il traguardo “20/20/20” in materia di clima/energia ovvero ridurre le emissioni di gas a effetto serra almeno del 20% rispetto ai livelli del 1990 o del 30%, se sussistono le necessarie condizioni²⁴⁶; portare al 20% la quota delle fonti di energia rinnovabile nel nostro consumo finale di energia; migliorare del 20% l'efficienza energetica. Il Consiglio europeo del 10-11 dicembre 2009 ha concluso peraltro che, nel quadro di un accordo globale e completo per il periodo successivo al 2012, l'UE ribadisce l'offerta condizionale di passare a una riduzione del 30% entro il 2020 rispetto ai livelli del 1990, a condizione che altri paesi sviluppati si impegnino ad analoghe riduzioni delle emissioni e i paesi in via di sviluppo contribuiscano adeguatamente in funzione delle loro responsabilità e capacità rispettive.

creare oltre 600.000 posti di lavoro nell'Unione che passerebbero a oltre 1 milione se si aggiungesse l'obiettivo del 20% per quanto riguarda l'efficienza energetica²⁴⁷.

Il ruolo della contrattualistica pubblica è centrale per il perseguimento degli obiettivi della Strategia, come paradigma della trasversalità delle politiche economiche comunitarie di regolazione rispetto alla necessaria ripresa della crescita, all'insegna della sostenibilità²⁴⁸. Leggiamo ancora nell'ambito dell'iniziativa faro "Un'Europa efficiente sotto il profilo delle risorse" che a livello dell'UE, la Commissione si adopererà per *"potenziare il quadro per l'uso degli strumenti basati sul mercato (scambio di quote di emissione, revisione della fiscalità energetica, quadro per gli aiuti di Stato, promozione di un maggiore uso degli appalti pubblici verdi, ecc.)"*, mentre a livello nazionale gli Stati membri dovranno *"utilizzare strumenti basati sul mercato, come incentivi fiscali e appalti, per adeguare i metodi di produzione e di consumo"* e ancora *"utilizzare la normativa, gli standard di rendimento per gli edifici e gli strumenti basati sul mercato, come la fiscalità, le sovvenzioni e gli appalti, per ridurre l'uso dell'energia e delle risorse e utilizzare i fondi strutturali per investire nell'efficienza energetica degli edifici pubblici e in un riciclaggio più efficiente"*²⁴⁹.

Questo quadro di principi è importante come già ricordato per due motivi. Il primo è che esso ispira l'evoluzione del successivo dibattito comunitario in materia di contrattualistica pubblica, influenzandolo e indirizzandolo: sarebbe quindi quantomeno parziale procedere all'analisi di ciò che è accaduto al mondo degli appalti negli ultimi anni, arrivando alle nuove direttive di settore, senza avere il quadro di riferimento. Il secondo motivo è che le dichiarazioni di principi, per essere efficaci e effettive debbono poi essere tradotte in prescrizioni puntuali e vincolanti e questo ci fornirà un altro spunto per vedere come si sia evoluta la

²⁴⁷ Dati Eurostat ripresi nella Comunicazione in parola.

²⁴⁸ Pag. 22 della strategia: "Per realizzare gli obiettivi della strategia occorre mobilitare tutte le politiche, gli strumenti, gli atti legislativi e gli strumenti finanziari dell'UE. La Commissione intende potenziare le politiche e gli strumenti principali, come il mercato unico, il bilancio e l'agenda economica esterna dell'UE, per concentrarsi sulla realizzazione degli obiettivi di Europa 2020. Le proposte operative volte a garantire il loro pieno contributo alla strategia sono parte integrante di Europa 2020".

²⁴⁹ Iniziativa faro: "Un'Europa efficiente sotto il profilo delle risorse", pag. 17, strategia Europa 2020.

disciplina degli appalti verdi e se l'evoluzione del quadro di riferimento abbia fatto pendere o meno la bilancia dal lato dell'obbligatorietà per quanto riguarda l'inserimento di siffatte disposizioni nel diritto dei contratti pubblici comunitario e, di riflesso, nazionale.

Occorre segnalare peraltro che nel marzo 2014 è stato approvato un altro documento da parte della Commissione che propone un primo bilancio della strategia Europa 2020²⁵⁰. Tale documento è stato di spunto per una consultazione pubblica della Commissione²⁵¹ finalizzata a definire una strategia aggiornata per il prossimo periodo 2015-2020, che sarà presentata prima della fine dell'anno in corso (2015).

Dopo aver affermato che i risultati degli obiettivi di Europa 2020 conseguiti fino a questo momento sono “disomogenei” e che, se e in che misura, la strategia abbia inciso sulle tendenze oggetto dei propri scopi sia un tema aperto alla discussione²⁵², è importante notare che uno degli aspetti più interessanti del documento in parola è l'elencazione di una serie di “limitazioni intrinseche” che caratterizzano gli obiettivi della strategia Europa 2020. In particolare oltre al fatto che essi “non sono esaurienti” e che “rimane necessaria una valutazione qualitativa”, particolare importanza ha il limite individuato, nel “sono vincolanti [solo] politicamente”: *“A differenza del patto di stabilità e crescita, o ancora della nuova procedura per gli squilibri macroeconomici, i cui valori o parametri di riferimento rientrano in un quadro giuridicamente vincolante, con possibili sanzioni, gli obiettivi della strategia Europa 2020 rimangono essenzialmente strategici, tranne due eccezioni importanti: gli obiettivi sulla riduzione delle emissioni di gas a effetto serra e sull'uso delle fonti di energia rinnovabili, che rientrano in un quadro*

²⁵⁰ COM (2014) 130, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni “Bilancio della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva”.

²⁵¹ Scopo della consultazione pubblica sulla strategia Europa 2020 svoltasi tra il 5 maggio e il 31 ottobre 2014 era raccogliere le esperienze delle parti interessate per trarre insegnamenti dai primi anni di attuazione della strategia e ottenere elementi utili per la sua revisione. In totale sono stati ricevuti 755 contributi da 29 paesi. Le parti sociali, i gruppi di interesse e le organizzazioni non governative sono state le categorie degli intervistati più rappresentate, seguite da quelle dei governi degli Stati membri, le autorità pubbliche, singoli cittadini, gruppi di riflessione, del mondo accademico, fondazioni e aziende.

²⁵² Per dati e tabelle sulle performance medio tempore di tutti gli obiettivi della strategia Europa 2020, è interessante consultare gli Allegati alla comunicazione sul Bilancio di Europa 2020, reperibili in italiano al seguente link: http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/europe2020stocktaking_annex_it.pdf.

giuridicamente vincolante in ambito UE e per i quali sono stabiliti i valori da raggiungere entro il 2020 a livello nazionale. La natura politica di questi obiettivi riflette il ruolo centrale che i governi nazionali sono chiamati a assumere nel quadro della strategia, secondo il principio di sussidiarietà”.

Questa affermazione è paradigmatica della consapevolezza che c'è sul punto dell'obbligatorietà e della vincolatività delle politiche comunitarie per i singoli Stati membri e dell'importanza che questo ha per la loro effettiva messa in pratica. È, *mutatis mutandis*, lo stesso problema riscontrato finora per l'applicazione degli appalti verdi ed è altresì la stessa chiave di lettura che stiamo usando e useremo per vedere quale sia stata l'evoluzione sul punto.

Non è un caso che, di tutti gli strumenti messi in campo, quelli di maggior successo siano proprio quelli accompagnati da prescrizioni giuridiche vincolanti e difatti, pur con la consapevolezza che il rallentamento della crescita economica abbia esso stesso un effetto sulla diminuzione delle emissioni inquinanti, a tal proposito si legge nel documento che *“al di là dell'impatto a breve termine della crisi, l'UE va sempre più*

scindendo la crescita dell'attività economica dalle emissioni di gas a effetto serra (tra il 1990 e il 2012 il PIL dell'UE è cresciuto del 45% mentre le emissioni diminuivano del 18%)”²⁵³.

Per concludere sul punto rimane da segnalare che nel bilancio su Europa 2020 si esplicita che, oltre che per il tramite delle iniziative faro, gli obiettivi e i mezzi della strategia in parola sono stati promossi nel quadro di tre grandi linee di intervento a livello dell'UE, di cui la prima riguarda il mercato unico europeo che *“con più di*

²⁵³ L'Unione è riuscita a ridurre del 18% le emissioni di gas a effetto serra entro il 2012. I progressi sono in parte ascrivibili alle politiche in vigore in materia di clima e energia e in parte al rallentamento dell'attività economica, che ha notevolmente ridotto le emissioni. Grazie ai miglioramenti strutturali, la ripresa in corso non dovrebbe ostacolare ulteriori progressi entro il 2020, che permetterebbero di abbassare le emissioni di gas serra del 24% rispetto ai livelli del 1990, superando così di gran lunga l'obiettivo. Stando però alle proiezioni nazionali, in 13 Stati membri le politiche in atto non sarebbero sufficienti a conseguire gli obiettivi nazionali entro il 2020. Dal 7,5% del 2000, la quota di energie rinnovabili aveva già raggiunto il 14,4% nel 2012. Si ritiene pertanto che l'obiettivo del 20% possa essere realizzato e addirittura superato entro il 2020 (intorno al 21%). Questo progresso fa dell'UE il leader mondiale degli investimenti in energie rinnovabili. Alla fine del 2012 nell'Unione era stato installato per esempio circa il 44% degli impianti mondiali per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili (escluse le centrali idroelettriche). Tra il 2006, anno del picco, e il 2012 il consumo di energia primaria è diminuito di circa l'8%. Per raggiungere l'obiettivo entro il 2020 occorre quindi un'ulteriore riduzione del 6,3%. Dato che la riduzione del consumo è stata in buona parte indotta dal rallentamento dell'economia, è probabile che la ripresa ostacoli ulteriori progressi. La situazione va comunque ridefinendosi sul piano strutturale: tra il 1995 e il 2011 l'intensità energetica dell'economia dell'Unione è calata del 24%, con un miglioramento nel comparto industriale intorno al 30%.

*500 milioni di consumatori, rimane la più potente leva di crescita a livello dell'UE e sono state adottate nuove misure per sfruttarne maggiormente le potenzialità. Gli Atti per il mercato unico I e II individuano 24 azioni principali, per esempio in materia di economia digitale, energia, trasporti, appalti pubblici e tutela dei consumatori, che il legislatore ha adottato o sta per adottare. Ogni anno una relazione sul livello di integrazione permette di monitorare i progressi e individuare gli ambiti di intervento. Anche la politica di concorrenza ha sostenuto la realizzazione degli obiettivi del mercato unico. Riflessioni e consultazioni strategiche sono state infine avviate su temi quali il finanziamento dell'economia nel lungo termine*²⁵⁴.

Ancora una volta quindi si fa riferimento agli appalti pubblici e al loro ruolo nel quadro delle politiche del mercato unico, facendo riferimento agli Atti per il mercato unico I e II, di cui ci stiamo per occupare.

c) L'Atto per il mercato unico "Dodici leve" – L'Atto per il mercato unico II

Il primo Atto per il mercato unico²⁵⁵, presentato dalla Commissione nell'aprile 2011, prevedeva dodici leve per promuovere lo sviluppo del mercato interno, basate sull'approccio globale auspicato sia da Mario Monti²⁵⁶ che dal Parlamento europeo²⁵⁷ nelle rispettive relazioni sul futuro del mercato unico. Esso annunciava una serie di dodici azioni chiave e di cinquanta azioni complementari per stimolare

²⁵⁴ Le altre due grandi linee di intervento individuate sono: - il bilancio dell'UE che "pur rappresentando appena l'1% circa del PIL dell'Unione, può agire come un importante volano della crescita. Il nuovo quadro finanziario dell'Unione per il periodo 2014–2020 è perfettamente allineato con le priorità della strategia Europa 2020: i programmi dell'UE sono stati ridefiniti, le priorità sono state riviste in modo da investire i fondi dell'Unione negli Stati membri e nuove condizioni sono state individuate per gli aiuti dell'UE"; - l'agenda estera dell'Unione europea che "è un'importante fonte di crescita e occupazione potenziali. C'è ancora margine per migliorare i nessi tra le priorità dell'agenda interna e estera dell'UE e garantire che l'Europa parli con una sola voce. Gli scambi sono oramai un fattore essenziale per la crescita e l'occupazione, data l'importanza della domanda estera e l'ampia portata degli obiettivi dell'Unione. I negoziati con gli Stati Uniti e il Giappone permetteranno di stringere accordi ambiziosi e generare grandi vantaggi economici. In ambiti quali la politica di sviluppo, le norme globali, la riduzione del rischio di catastrofi e la lotta contro i cambiamenti climatici, l'Unione è e continuerà ad essere un partner molto attivo sulla scena mondiale, promuovendo i propri obiettivi, valori e interessi".

²⁵⁵ COM (2011) 206 del 13 aprile 2011 Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia, "Insieme per una nuova crescita".

²⁵⁶ Mario Monti: "Una nuova strategia per il mercato unico", relazione al Presidente della Commissione europea, 9 maggio 2010.

²⁵⁷ Parlamento europeo: "Realizzare un mercato unico per i consumatori e i cittadini", relazione Grech, A7-0132/2010.

la crescita e rafforzare la fiducia. Si evince dal documento che benché l'Unione europea abbia reagito tempestivamente alla crisi e le riforme siano ormai ben avviate, soprattutto nei mercati finanziari e in materia di *governance* economica, la crisi potrebbe avere un effetto duraturo sulla crescita potenziale e sulla disoccupazione, minando le condizioni di vita degli europei e il loro futuro²⁵⁸. Per rispondere alla crisi l'Unione europea ha adottato, come visto, la strategia Europa 2020, nella quale si prefigge obiettivi ambiziosi per una nuova traiettoria di crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, ma per raggiungerli *“l'Unione europea e gli Stati membri dovranno intraprendere riforme strutturali urgenti”*. Secondo la Commissione la priorità dovrà essere data alle misure suscettibili di favorire la crescita e l'occupazione. Nella sua analisi annuale della crescita²⁵⁹, l'Esecutivo europeo ha sottolineato la necessità di una risposta globale alla crisi, alla quale il mercato unico deve apportare un contributo decisivo mobilitando il suo intero potenziale a favore della crescita. Questo ruolo è stato ricordato dal Consiglio europeo nelle conclusioni del 24-25 marzo 2011: *“Il mercato unico svolge un ruolo chiave per produrre crescita e occupazione e promuovere la competitività [...] Vanno messe in particolare rilievo le misure che creano crescita e occupazione e apportano risultati concreti ai cittadini e alle imprese”*²⁶⁰. Il mercato unico offre il quadro e gli strumenti per realizzare tali riforme.

La crescita sostenibile messa in campo da Europa 2020, per la realizzazione della quale nelle intenzioni della Commissione è centrale, come visto, il ruolo del mercato unico e il suo rilancio, è una crescita veicolata da un insieme di riforme che *“devono contribuire a uno sviluppo sostenibile basato su un'economia sociale di mercato altamente competitiva. Esse devono favorire il progresso sociale e l'occupazione nonché il miglioramento della qualità dell'ambiente e la lotta al cambiamento climatico. Devono altresì rafforzare la dimensione esterna del mercato interno, e generare benefici tangibili per i cittadini ai quali sono destinate.*

²⁵⁸ Si prevede che la crescita potenziale a medio termine resterà all'1,5% fino al 2020. Il 9,6% della popolazione attiva è senza lavoro. Comunicazione della Commissione “Analisi annuale della crescita: progredire nella risposta globale dell'UE alla crisi”, pagine 2 e 3.

²⁵⁹ Comunicazione “Analisi annuale della crescita” COM (2011) 11.

²⁶⁰ Conclusioni del Consiglio europeo, del 24-25 marzo 2011, EUCO 10/11, paragrafo 7.

È in gioco la fiducia e il sostegno dei cittadini stessi al progetto d'integrazione europea".

Nel quadro così descritto è facile orientarsi e capire quale sia il ruolo degli appalti e nello specifico degli appalti verdi secondo gli schemi di ragionamento già esposti che prevedono la contrattualistica pubblica come uno degli elementi portanti del mercato unico (ricordiamo l'incidenza per circa il 18% sul PIL dell'intera Unione), a sua volta come abbiamo visto finalizzato all'attuazione delle strategie di Europa 2020. Per una crescita del tipo di quella che si vuole mettere in campo il ruolo degli appalti verdi è o dovrebbe essere un ruolo chiave, riunendo in un unico "strumento" aspetti di regolazione economica e aspetti di tutela dell'ambiente e concretizzando in definitiva l'idea di sviluppo sostenibile che stiamo seguendo dall'inizio del presente lavoro.

Non è un caso infatti che la Commissione, dopo aver sottoposto a dibattito cinquanta proposte per il mercato unico²⁶¹, abbia individuato, sulla base dei contributi raccolti²⁶², dei pareri e delle conclusioni del Parlamento europeo e del Consiglio²⁶³, dodici leve necessarie al raggiungimento degli obiettivi messi in campo, prevedendo per ciascuna di esse che l'Unione adottasse entro il 2012,

²⁶¹ Comunicazione "Verso un atto per il mercato unico" COM (2010) 608.

²⁶² Il dibattito pubblico si è svolto a diversi livelli: europeo, nazionale e locale. Più di 800 contributi hanno alimentato la consultazione pubblica sull'Atto per il mercato unico, riflettendo i pareri degli Stati membri, delle organizzazioni non governative, delle parti sociali, sia a livello nazionale che a livello europeo, delle autorità locali e regionali, delle federazioni industriali e professionali, delle organizzazioni sindacali, delle imprese, delle associazioni dei consumatori, dei "think tank", dei rappresentanti del mondo accademico e di numerosi cittadini. La consultazione ha messo in luce una grandi aspettative da parte della società civile, sia in termini di sviluppo del potenziale del mercato unico per favorire la crescita e l'occupazione sia in rapporto alla dimensione sociale del mercato interno e alla tutela dei servizi pubblici. Le priorità avanzate dai soggetti economici confermano una convinta adesione all'obiettivo comune di un'economia sociale di mercato assai competitiva. Vedi anche *Rapport de la Consultation publique sur l'Acte pour le marché unique* (Rapporto della consultazione pubblica sull'Atto per il mercato unico).

²⁶³ Nelle Conclusioni del 10 dicembre 2010, il Consiglio approva l'orientamento generale dell'Atto per il mercato unico, secondo cui quest'ultimo deve poggiare su una solida base sociale ed economica, nell'intento di costruire un'economia altamente competitiva. Il Consiglio si è impegnato a portare avanti l'analisi dell'Atto per il mercato unico, per definire quanto prima, insieme al Parlamento europeo e alla Commissione, le misure prioritarie da realizzare entro il 2012. Il Parlamento europeo, nelle sue risoluzioni del 6 aprile 2011 basate sulle relazioni degli onorevoli Sandra Kalniete, Cristian Silviu Busoi e Antonio Fernando Correia de Campos, ha presentato le proprie priorità per sviluppare un mercato unico al servizio degli europei, delle imprese e della crescita, in un quadro di partenariato e di governance.

un'azione chiave per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia dei cittadini. Di queste dodici leve, una è rappresentata appunto dagli appalti pubblici²⁶⁴.

L'azione chiave prevista per gli appalti pubblici è così descritta: “*Revisione e ammodernamento del quadro normativo degli appalti pubblici per giungere ad una politica equilibrata, che sostenga una domanda di beni, opere e servizi rispettosi dell'ambiente, socialmente responsabili e innovativi. La revisione garantirà inoltre che le amministrazioni aggiudicatrici si avvalgano di procedure più semplici e più flessibili e che venga agevolato l'accesso alle imprese, in particolare alle PMI*”²⁶⁵.

Risalta subito agli occhi che tra i primi obiettivi dichiarati figura quello di assicurare opere, beni e servizi rispettosi dell'ambiente, spalancando la strada, sembra, a un riconoscimento definitivo e compiuto del *green public procurement* come priorità fra tutte le politiche di sviluppo messe in campo dall'UE per modernizzare il mercato unico e uscire così dalla crisi economica.

Da notare che *a latere* dell'azione chiave si menzionano anche le concessioni di servizi, evidenziando il loro peso economico importante²⁶⁶ dato che costituiscono la maggioranza dei partenariati pubblico-privato. Si auspica quindi l'adozione di un quadro legislativo di riferimento che consentirà maggiore certezza giuridica per orientare tali partenariati. È una grossa novità perché fino a questo momento le concessioni non avevano trovato posto nella normativa comunitaria sui contratti pubblici²⁶⁷.

²⁶⁴ Le altre sono: L'accesso al finanziamento per le PMI; La mobilità dei cittadini; I diritti di proprietà intellettuale; I consumatori, protagonisti del mercato unico; I servizi; Le reti; Il mercato unico digitale; L'imprenditoria sociale; La fiscalità; La coesione sociale; Il quadro normativo per le imprese.

²⁶⁵ Cfr. altresì le iniziative Faro “L'Unione dell'innovazione” COM (2010) 546 e “Una politica industriale integrata per l'era della globalizzazione” COM (2010) 614.

²⁶⁶ Secondo una stima prudente, almeno 138 miliardi di euro tra il 2000 e il 2006.

²⁶⁷ Considerando (4) direttiva 2014/23/UE: “Attualmente, l'aggiudicazione delle concessioni di lavori pubblici è soggetta alle norme di base della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (⁴), mentre l'aggiudicazione delle concessioni di servizi con interesse transfrontaliero è soggetta ai principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi, nonché ai principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza. Vi è il rischio di mancanza di certezza giuridica dovuto a interpretazioni divergenti dei principi del trattato da parte dei legislatori nazionali e a profonde disparità tra le legislazioni dei diversi Stati membri. Tale rischio è stato confermato dalla copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea che, tuttavia, ha affrontato solo parzialmente alcuni aspetti dell'aggiudicazione dei contratti di concessione”.

Nelle conclusioni, tra le altre, leggiamo che la Commissione *“invita il Parlamento europeo e il Consiglio a dare la massima priorità, nell’ambito del processo legislativo, alle azioni chiave contenute nell’Atto per il mercato unico accordandosi sulla loro rapida adozione al più tardi entro il 2012”*.

L’Atto per il mercato unico II *“Insieme per una nuova crescita”*²⁶⁸ dell’ottobre 2012 contiene una seconda serie di leve prioritarie, individuando quattro motori per la crescita attorno ai quali concentrare dodici nuove azioni chiave. Non c’è qui una previsione specifica per gli appalti pubblici come nel precedente Atto unico, ma si possono comunque segnalare le prime quattro leve rientranti nel primo *“motore”* per la crescita (individuato con lo *“Sviluppo di reti pienamente integrate nel mercato unico”*)²⁶⁹. Le prime quattro leve infatti concernono trasporto ferroviario, trasporto marittimo, trasporto aereo, energia, avendo quindi indubbiamente, se non un interesse diretto, quanto meno un’influenza mediata sulla contrattualistica pubblica, in particolare per ciò che attiene alle reti e alle infrastrutture. Infine occorre menzionare per completezza la decima leva riguardante la fatturazione elettronica negli appalti pubblici, con la corrispondente azione chiave mirata a far sì che tale procedura di fatturazione diventi la norma in campo di contratti pubblici.

Nell’allegato II all’Atto per il mercato unico II troviamo il documento-tabella *“L’Atto per il mercato unico I, stato di avanzamento delle azioni”*, dove per ogni leva e la sua corrispondente azione viene fatto il punto sullo stato dell’arte a un anno e mezzo di distanza dall’approvazione del primo Atto unico.

Per quanto riguarda la *“Leva appalti pubblici”*, si da compiutamente conto del fatto che la Commissione europea abbia mantenuto i propri impegni sulla tempistica dichiarata e abbia presentato nel dicembre del 2011 la proposta di nuova direttiva sugli appalti pubblici COM (2011) 896 definitivo 2011/0438 (COD), alla quale sono state affiancate con stessa data anche la proposta di una direttiva per le

²⁶⁸ COM (2012) 573 del 3 ottobre 2012.

²⁶⁹ Gli altri tre *“motori”* della crescita sono (con tra parentesi le rispettive leve): Promuovere la mobilità transfrontaliera dei cittadini e delle imprese (Mobilità dei cittadini, Accesso ai finanziamenti, Contesto imprenditoriale); Sostenere l’economia digitale in tutta l’Europa (Servizi, Mercato unico digitale, Appalti pubblici e fatturazione elettronica); Rafforzare l’imprenditoria sociale, la coesione sociale e la fiducia dei consumatori (Consumatori, Coesione sociale e imprenditoria sociale).

concessioni, confermando così la volontà di una regolamentazione esplicita del settore, COM (2011) 897 definitivo 2011/0437 (COD) e infine la proposta di direttiva per i settori speciali COM (2011) 895²⁷⁰.

d) Il Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti

Con un piccolo passo indietro affrontiamo un documento molto importante per le nuove direttive comunitarie di cui ci andremo ad occupare. Il Libro verde in questione, intitolato anche “Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti”²⁷¹, è il primo lavoro della Commissione in materia di contratti pubblici dopo l’approvazione del primo Atto unico. Sullo sfondo del contesto delineato nei paragrafi precedenti infatti, al primo documento sulle “Dodici leve” è seguito cronologicamente questo Libro verde che ha fatto da trampolino per le proposte di direttive (fine 2011) appena ricordate, a loro volta menzionate nel secondo Atto unico che difatti risale come visto al 2012.

Il documento in analisi riguarda tutto il mondo degli appalti, ma un ruolo importante è riconosciuto proprio agli appalti verdi ed è questo del Libro verde il laboratorio più importante per sviluppare, nel quadro di riferimento dato, le maggiori novità e innovazioni da proporre in materia di contratti pubblici, elementi che poi sono stati o avrebbero dovuto essere, trasposti nelle proposte di direttive e poi nelle direttive stesse, per assicurare a queste novità quel grado di effettività necessario per offrire sostegno giuridico ai nuovi strumenti pensati per modernizzare il mondo degli appalti²⁷².

²⁷⁰ Da notare anche una proposta di Regolamento per introdurre una normativa sull’accesso delle imprese di paesi terzi agli appalti pubblici europei, presentata il 21 marzo 2012 e prevista già dal primo Atto unico all’interno delle proposte sugli appalti pubblici, non menzionato in precedenza perché poco rilevante ai fini della presente trattazione e anche perché tuttora, da quel che risulta, non ancora approvato in via definitiva.

²⁷¹ COM (2011) 15 del 27 gennaio 2011.

²⁷² Per completezza con quanto detto in precedenza si segnala che come esplicitamente riportato nel documento “La presente consultazione non tratta le concessioni, che sono state oggetto di precedenti consultazioni e valutazioni dell’impatto distinte. La Commissione intende presentare una proposta legislativa volta a garantire una maggiore certezza del diritto alle autorità regionali e locali e agli operatori economici di tutta Europa, nonché a favorire lo sviluppo di partenariati pubblico-privato. Le questioni relative agli appalti elettronici vengono affrontate in uno specifico Libro verde pubblicato il 18 ottobre 2010”.

Dopo aver ricordato il ruolo fondamentale che gli appalti pubblici svolgono nell'attuazione della strategia Europa 2020, accanto agli obiettivi diretti²⁷³ che coinvolgono gli appalti, più volte menzionati, e dopo aver ricordato quali necessità spingevano a una revisione globale della materia, tra cui *in primis* l'esigenza di procedure più semplici e più flessibili anche nell'ottica di consentire un miglior uso degli appalti a sostegno di altre politiche, si fa riferimento a una serie di obiettivi complementari. Fra questi la *“tutela dell'ambiente, una maggiore efficienza energetica e sotto il profilo delle risorse, la lotta contro i cambiamenti climatici, la promozione dell'innovazione e dell'inclusione sociale e infine la garanzia delle migliori condizioni possibili per la fornitura di servizi pubblici di elevata qualità. Il perseguimento di questo obiettivo potrebbe anche contribuire al conseguimento del primo obiettivo di accrescere l'efficienza della spesa pubblica a lungo termine, ad esempio spostando l'accento dal prezzo iniziale più basso al costo del ciclo di vita più basso”*²⁷⁴.

Fatte queste premesse, la parte del Libro verde che interessa maggiormente questa trattazione è la quarta (Uso strategico degli appalti pubblici in risposta alle nuove sfide). Qui leggiamo che *“Le amministrazioni pubbliche possono offrire un importante contributo alla realizzazione degli obiettivi della strategia Europa 2020, sfruttando il proprio potere di acquisto per appaltare beni e servizi a maggiore valenza “sociale”*²⁷⁵ *per favorire l'innovazione, rispettare l'ambiente e lottare*

²⁷³ In particolare, la strategia Europa 2020 punta sugli appalti pubblici per: 1) migliorare il contesto generale per l'innovazione nelle imprese, utilizzando integralmente le politiche incentrate sulla domanda; 2) favorire la transizione verso un'economia efficiente sotto il profilo delle risorse e a basse emissioni di carbonio, ad esempio promuovendo un più ampio ricorso agli appalti pubblici “verdi”; 3) migliorare il clima imprenditoriale, specialmente per le PMI innovative. La strategia Europa 2020 sottolinea inoltre che la politica in materia di appalti pubblici deve garantire il più efficiente uso dei fondi pubblici e che i mercati degli appalti pubblici vanno mantenuti aperti a livello UE. Nell'attuale contesto di gravi restrizioni di bilancio e di difficoltà economiche che hanno colpito molti Stati membri dell'UE, è cruciale ottenere risultati ottimali in materia di appalti, mediante procedure efficienti. Davanti a tali sfide, è sempre più necessario realizzare un mercato europeo degli appalti funzionante ed efficiente che possa raggiungere questi obiettivi ambiziosi.

²⁷⁴ Altri obiettivi interessanti, al di fuori del presente tema di analisi sono individuati con “la necessità di prevenire e combattere la corruzione e i favoritismi (parte 5) e il modo per migliorare l'accesso delle imprese europee ai mercati dei paesi terzi (parte 6). Inoltre, anche il riesame del quadro legislativo sarà un'occasione per considerare l'opportunità di perfezionare alcuni concetti e nozioni fondamentali per garantire una maggiore certezza giuridica alle amministrazioni aggiudicatrici e alle imprese (parte 1). In tale contesto, il riesame potrebbe offrire l'opportunità di accrescere la convergenza tra l'applicazione delle norme UE in materia di appalti pubblici e l'applicazione delle norme UE in materia di aiuti di Stato”.

²⁷⁵ Chiaro riferimento alla strategia SCP di cui alle pp. 42-43 del capitolo II. Si ricorda che negli ultimi anni sono già state varate alcune specifiche iniziative politiche, sia a livello europeo che a livello nazionale, per favorire l'uso degli appalti pubblici a sostegno dei summenzionati obiettivi strategici, come il lavoro sulle

contro i cambiamenti climatici, riducendo il consumo energetico, aumentando l'occupazione, migliorando la salute pubblica²⁷⁶ e le condizioni sociali, e promuovendo l'uguaglianza e l'inclusione dei gruppi svantaggiati²⁷⁷. La sensibile domanda di beni e servizi "più verdi", a basse emissioni di carbonio, più innovativi e socialmente responsabili potrà anche orientare la produzione e le tendenze di consumo negli anni a venire". Si precisa poi che la necessità di affrontare le sfide a valenza sociale non deve ridurre l'efficienza degli appalti pubblici e che pur tenendo conto di considerazioni di carattere politico nel contesto degli appalti pubblici, sarà necessario evitare la creazione di ulteriori e sproporzionati oneri amministrativi per le amministrazioni aggiudicatrici e la distorsione della concorrenza nei mercati degli appalti, dando forma concreta al bilanciamento tra esigenze diverse che dall'inizio della trattazione abbiamo visto essere una delle chiavi di volta del sistema degli appalti verdi.

Il Libro verde osserva che ci sono due metodi possibili per utilizzare gli appalti pubblici al fine di realizzare gli obiettivi strategici menzionati. Da un lato il "come acquistare", fornendo alle amministrazioni aggiudicatrici gli strumenti necessari per tener conto di tali obiettivi in conformità delle norme procedurali in materia di appalti pubblici; dall'altro il "che cosa acquistare", imponendo requisiti obbligatori alle amministrazioni aggiudicatrici o prevedendo incentivi capaci di orientare le loro decisioni in merito al tipo di beni e servizi da appaltare.

considerazioni sociali negli appalti pubblici e sull'innovazione. Per quanto riguarda il primo aspetto si rimanda al manuale *Buying social - A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement* (Acquisti ispirati a criteri sociali - Una guida per tener conto delle considerazioni sociali negli appalti pubblici), SEC (2010) 1258. Per quanto riguarda il secondo aspetto invece si ricorda che in seguito all'impegno n. 17 della comunicazione "Unione dell'innovazione", la Commissione europea ha monitorato uno studio (avviato nel novembre 2010 e concluso nel novembre 2011) che intendeva sviluppare un nuovo meccanismo di supporto per gli appalti nel settore dell'innovazione. Questo schema doveva fornire orientamenti e creare un meccanismo di supporto (finanziario) per aiutare le amministrazioni aggiudicatrici ad attuare tali appalti in maniera aperta e non discriminatoria, per mettere in comune la domanda, redigere specifiche comuni e promuovere l'accesso delle PMI. Sugli appalti pre-commerciali, cfr. la comunicazione della Commissione dal titolo "Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa" (COM (2007) 799).

²⁷⁶ Cfr. conclusioni del Consiglio del 13 settembre 2010 sugli insegnamenti tratti dalla pandemia A/H1N1.

²⁷⁷ Questa considerazione è in particolare in linea con l'articolo 9 del TFUE che invita l'Unione a tener conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale.

- Come acquistare

Rispetto al “come acquistare” la Commissione si interroga sulla possibilità di modificare le attuali direttive in materia di appalti pubblici per introdurre sistemi di gara più flessibili, accrescendo, in tal modo, il potere discrezionale della pubblica amministrazione; così pure riflette sull’opportunità di prescrivere che le specifiche siano definite in termini di prestazioni o di requisiti funzionali; su quale sia la procedura di aggiudicazione più adatta a tener conto della variabili ambientali, in particolare se l’eventuale utilizzo della procedura negoziata previa pubblicazione come procedura *standard* renderebbe più facile tener conto di considerazioni ambientali e se alcune procedure flessibili quali il dialogo competitivo o i concorsi di progettazione, siano adatte per tener conto delle politiche ambientali

Altri interrogativi concernono la possibilità per le stazioni appaltanti di tener conto della competenza specifica e dell’esperienza acquisita su aspetti ambientali rilevanti per lo specifico appalto, nonché l’opportunità di eliminare come criterio di selezione delle offerte quello del prezzo più basso ovvero limitarne l’applicazione o ridurne il peso. Ancora, ci si interroga sul se sia opportuno “introdurre una terza possibilità” tra i criteri di aggiudicazione oltre al prezzo più basso e all’offerta economicamente più vantaggiosa, se occorra rivedere la funzione delle clausole sull’esecuzione dell’appalto e se taluni tipi di esse dovrebbero già essere specificate a livello UE²⁷⁸.

Di interesse è anche il quesito n. 73 in cui la Commissione si interroga sul ruolo del criterio ambientale costituito dal costo del ciclo di vita di un prodotto o servizio nell’ambito dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Rilievo centrale hanno i quesiti dal n. 79 al n. 82 in cui ci si domanda se sia opportuno o meno mantenere lo stretto collegamento delle variabili ambientali con l’oggetto dell’appalto. È questo un punto fondamentale del Libro verde perché, come abbiamo visto, fino a questo momento il collegamento con l’oggetto del contratto era un punto imprescindibile, ribadito sia dalla giurisprudenza della Corte

²⁷⁸ Tutto questi nei quesiti da n. 64 a n. 70 del Libro verde.

di giustizia, sia dalle direttive del 2004 e sia di conseguenza dalle disposizioni nazionali, di legge e non, incontrate finora. Non solo, questo parametro è anche trasversale a qualsiasi possibilità di inserimento di considerazioni “diverse” nella procedura di appalto, dato che esso funge da riferimento e da limite necessario in ogni fase della procedura²⁷⁹.

È lo stesso Libro verde a passare in rassegna *pro e contro* della proposta. Aspetti positivi sarebbero sicuramente legati alla possibilità di ampliare notevolmente il raggio di azione delle amministrazioni nel prescrivere comportamenti eco-sostenibili alle imprese, consentendo alle p.a. di influenzarne il comportamento indipendentemente dal prodotto o dal servizio acquistati, ad esempio per accrescere la responsabilità ambientale e l’attenzione alla responsabilità sociale delle imprese. In questo modo tra l’altro si offrirebbe un sostegno certamente efficace al perseguimento degli obiettivi previsti dalla strategia Europa 2020.

Tuttavia sostiene la Commissione che “*nel considerare tale opportunità, è necessario valutare attentamente i compromessi con altre considerazioni politiche*”, facendo riferimento a una serie di altre esigenze comunitarie a rischio di essere minacciate se lo sganciamento dall’oggetto del contratto fosse portato a compimento.

Grazie al collegamento con l’oggetto dell’appalto, l’acquisto rimane infatti l’elemento centrale del processo nel quale si utilizza il denaro dei contribuenti. Questa è una garanzia importante che consente alle amministrazioni aggiudicatrici di ottenere la migliore offerta possibile mediante l’uso efficiente del denaro pubblico (principio di economicità). Come si è detto, questo obiettivo viene messo in evidenza anche dalla strategia Europa 2020, nella quale si afferma che la politica sugli appalti pubblici deve garantire l’uso più efficiente dei fondi pubblici.

Al contempo, questa garanzia di acquisti al prezzo migliore assicura una certa coerenza tra la politica UE in materia di appalti pubblici e le norme sugli aiuti di

²⁷⁹ Lo stesso Libro verde non manca di ricordarlo: “Come indicato in precedenza, nel vigente quadro giuridico UE sugli appalti pubblici il collegamento con l’oggetto dell’appalto è una condizione fondamentale di cui si deve tener conto al momento di introdurre nella procedura di appalto pubblico qualsiasi considerazione connessa ad altre politiche. Questo vale anche per le fasi successive della procedura di appalto e per diversi aspetti (specifiche tecniche, criteri di selezione, criteri di aggiudicazione). Nel caso delle clausole sull’esecuzione dell’appalto, affinché la produzione/fornitura di beni/servizi venga appaltata è necessario che vi sia un collegamento con l’adempimento delle funzioni necessarie”.

Stato, giacché accerta che non si attribuiscono indebiti vantaggi finanziari a operatori economici mediante l'aggiudicazione di appalti pubblici. Un collegamento meno rigoroso con l'oggetto dell'appalto potrebbe quindi comportare il rischio di distanziare l'applicazione delle norme UE in materia di appalti pubblici da quella delle norme sugli aiuti di Stato, e potrebbe addirittura contrastare, nel tempo, l'obiettivo di una maggiore convergenza tra le norme sugli aiuti di Stato e le norme in materia di appalti pubblici.

Il collegamento con l'oggetto dell'appalto, continua la Commissione nel ragionamento, può anche contribuire a evitare che alcuni operatori economici di uno specifico paese possano potenzialmente essere favoriti a danno di quelli di altri Stati membri, *"...se da un lato questo è particolarmente rilevante per un certo tipo di considerazioni (ad esempio, alcuni requisiti sociali) che affondano più probabilmente le radici nelle realtà nazionali, regionali o addirittura locali, dall'altro ciò vale anche per altre considerazioni politiche come le tematiche ambientali"*. Ad esempio, nel caso della fornitura di beni, il requisito che gli edifici a uso ufficio utilizzati dagli offerenti debbano essere riscaldati esclusivamente da energia solare potrebbe favorire le imprese di Stati membri le cui condizioni meteorologiche sono favorevoli alla tecnologia solare²⁸⁰.

Ancora, il collegamento tra le considerazioni di natura strategica e l'oggetto dell'appalto si propone di garantire certezza e prevedibilità alle imprese. Altrimenti, in mancanza di tale collegamento (e di requisiti armonizzati a livello UE), agli operatori economici si potrebbe chiedere di rispettare diversi requisiti (concernenti la percentuale di donne, il numero di disoccupati assunti, i servizi per l'infanzia riservati ai dipendenti, le misure ambientali o di gestione dei rifiuti, eco-etichette, ecc.) per ogni appalto o per ogni amministrazione aggiudicatrice.

Inoltre la necessità di rispettare i diversi requisiti imposti dalle amministrazioni aggiudicatrici potrebbe rivelarsi particolarmente complessa per le PMI, che non sempre dispongono delle risorse economiche e umane necessarie per soddisfare un'ampia varietà di requisiti sociali a seconda dei casi.

²⁸⁰ Esempio a pag. 43 del Libro verde in parola.

Infine, i requisiti non connessi al prodotto né al servizio acquistato potrebbero ostacolare l'obiettivo della strategia Europa 2020 di promuovere l'innovazione²⁸¹, poiché la concorrenza tra le imprese non si realizzerebbe più al fine di sviluppare il migliore prodotto o servizio (eventualmente in termini di innovazione), ma sulla base della politica aziendale.

Dall'analisi del documento emergono non pochi *contro*, tutti meritevoli di una certa considerazione. Conciliare queste esigenze e cercare una sintesi è in definitiva l'essenza del processo legislativo, operazione ancora più complessa se ad un livello alto e comprendente molti Stati diversi, come quello comunitario.

Vedremo che cosa avrà pesato di più nelle proposte di direttive e, ancora più importante, nelle direttive approvate e in vigore.

- Che cosa acquistare

Il secondo metodo per introdurre considerazioni ambientali nella disciplina degli appalti è quello di *“imporre requisiti obbligatori alle amministrazioni aggiudicatrici o prevedere incentivi capaci di orientare le loro decisioni in merito al tipo di beni e servizi da appaltare”*, ovvero concernenti il *“che cosa acquistare”*. Potrebbero, ad esempio, essere prescritti alle amministrazioni aggiudicatrici obblighi in termini di livelli massimi di utilizzo dell'energia e delle risorse, sostanze nocive per l'ambiente, livelli minimi di riciclaggio, o in termini di obiettivi, quale, ad esempio, una percentuale minima di acquisti pubblici eco-compatibili.

Rispetto a tale scelta (cioè quella di definire le caratteristiche dei lavori, dei prodotti o dei servizi che meglio si adattano alle loro esigenze) il Libro verde osserva che le vigenti direttive lasciano totalmente libere le amministrazioni aggiudicatrici. Si tratterebbe, peraltro, di recepire a livello generale per tutti gli appalti il contenuto di alcune prescrizioni che già a livello settoriale (per talune tipologie di appalti) sono previste dal diritto comunitario²⁸², già ricordate in precedenza a proposito dei settori

²⁸¹ Sul collegamento tra innovazione e appalti verdi, vedi più avanti nel paragrafo.

²⁸² Si veda G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2012, V, p. 865, nota (100), che ricorda i già menzionati: Regolamento (CE) n. 106/2008 (GU L 39 del 13 febbraio 2008, pag. 1, cosiddetto regolamento Energy Star UE) che ha imposto alle amministrazioni aggiudicatrici di richiedere nei propri appalti pubblici un certo livello di efficienza energetica; la Direttiva 2009/33/CE relativa alla promozione di veicoli puliti e a basso

specifici in cui vigono già criteri obbligatori atti a “colorare di verde” le rispettive procedure. Importante è anche il riferimento ai prodotti laddove si ipotizza che un uso più generalizzato della metodologia di calcolo sviluppata per la direttiva sui veicoli puliti²⁸³ che prevede l’obbligo di tener conto dei costi operativi del ciclo di vita nelle decisioni di acquisto di prodotti e servizi, potrebbe assicurare costi complessivi minori, oltre ai positivi effetti dal punto di vista ambientale. Ciò richiederebbe tuttavia “*lo sviluppo di una metodologia generale applicabile a tutti i gruppi di prodotti*”.

Risulta evidente che siamo di fronte a un passaggio chiave del dibattito sulla modernizzazione degli appalti e, per quel che riguarda la presente trattazione, dello sviluppo degli appalti verdi. Se sfruttando la possibilità di sganciamento dall’oggetto del contratto si può realizzare uno sviluppo “quantitativo” del ricorso al GPP, dall’altro lato prevedendo riferimenti puntuali al “che cosa acquistare” si può risolvere il problema principale che abbiamo riscontrato per gli appalti verdi, quello della loro configurazione in chiave di obbligo e non più solo di possibilità o di “auspicio” per il loro utilizzo nelle procedure di acquisto degli enti pubblici.

Anche per quanto riguarda l’aspetto del “che cosa acquistare” il Libro verde propone *pro e contro* delle proposte avanzate e degli spunti di riflessione suggeriti.

Tra gli aspetti positivi si segnala che l’introduzione di requisiti obbligatori nelle norme UE in materia di appalti pubblici mediante una normativa basata su atti

consumo energetico ha imposto alle amministrazioni aggiudicatrici di tener conto dell’impatto energetico o di altri tipi di impatto ambientale nelle decisioni in materia di appalti pubblici; la Direttiva 2006/32/CE concernente l’efficienza degli usi finali dell’energia e i servizi energetici ha invitato il settore pubblico a svolgere un ruolo esemplare nel settore dell’efficienza energetica adottando un numero minimo di misure per promuovere l’efficienza energetica negli appalti; la Direttiva 2009/28/CE, sulla promozione dell’uso dell’energia da fonti rinnovabili (G.U. L. 140 del 5 giugno 2009, pag. 16) e la direttiva 2010/31/UE sulla prestazione energetica nell’edilizia (G.U. L. 153 del 18 giugno 2010, pag. 13) hanno promosso gli edifici pubblici efficienti sotto il profilo delle risorse (ad esempio, edifici con consumo di energia primaria ridotto o pari a zero); la Direttiva 2010/30/UE concernente l’indicazione del consumo di energia e di altre risorse dei prodotti connessi all’energia, mediante l’etichettatura ed informazioni uniformi relative ai prodotti (G.U. L. 153 del 18 giugno 2010, pag. 6) ha invitato le amministrazioni aggiudicatrici a fare in modo di appaltare unicamente i prodotti appartenenti alla classe più elevata di efficienza energetica. Si confronti la già ricordata relazione di Mario Monti al presidente della Commissione europea dal titolo *Una nuova strategia per il mercato unico*, del 9 maggio 2010, punto 3.4, pag. 78. Anche nella comunicazione *Energia 2020 - Una strategia per un’energia competitiva, sostenibile e sicura* COM(2010) 639, la Commissione ha affermato che i criteri energetici (riguardanti l’efficienza, le fonti rinnovabili e le reti intelligenti) dovrebbero essere utilizzati in tutti gli appalti pubblici di lavori, servizi o forniture.

²⁸³ Per sostenere l’attuazione dell’obbligo imposto dalla direttiva di tener conto dei costi del ciclo di vita, la Commissione ha sviluppato il portale “*Clean Vehicle*” che fornisce tutte le informazioni necessarie per il calcolo del costo del ciclo di vita previsto dalla direttiva: <http://www.cleanvehicle.eu/>; http://ec.europa.eu/transport/urban/vehicles/directive/directive_en.htm.

delegati è stata invocata esplicitamente come strumento per promuovere l'innovazione e gli altri obiettivi previsti dalla strategia Europa 2020²⁸⁴, considerando l'imposizione di tali obblighi come un elemento chiave per favorire la diffusione nel mercato di beni e servizi ad alta valenza ambientale e sociale. Inoltre, l'accentramento delle decisioni sulle strategie di acquisti può evitare la frammentazione delle politiche in materia di appalti e accrescerne la prevedibilità, a vantaggio degli operatori economici. Ad esempio, nel campo del *green public procurement*, approcci divergenti degli Stati membri sugli appalti pubblici verdi potrebbero causare problemi ai fornitori, specialmente le PMI, che devono adattarsi a contesti diversi in paesi diversi, complicando in tal modo lo sviluppo e la vendita di prodotti e di servizi verdi.

Anche in questo caso non si manca di evidenziare gli aspetti critici. Ancora una volta il primo aspetto importante da considerare è il rischio che l'introduzione di tali obblighi possa condurre a discriminazioni o limitare la concorrenza nei mercati degli appalti, il che porterebbe ad una diminuzione degli offerenti e ad un aumento dei prezzi, con effetti problematici in periodi di difficoltà economiche e di restrizioni di bilancio per molti Stati membri. Per ridurre tale rischio, i requisiti e i criteri imposti dovrebbero essere obiettivi e non discriminatori, e il loro impiego limitato ai casi in cui il mercato dell'UE sia sufficientemente sviluppato per garantire una concorrenza effettiva²⁸⁵.

Rispetto al problema sul "dove" inserire le prescrizioni ambientali, altro tema trasversale e più volte affrontato, si segnala qui che "*certi tipi di obblighi potrebbero esercitare un impatto ancora maggiore sulla concorrenza nei mercati degli appalti rispetto ad altri*". Sostiene la Commissione che le specifiche tecniche concernenti, i requisiti di prestazione probabilmente avrebbero un effetto meno limitante sulla concorrenza rispetto alle specifiche dettagliate sulle caratteristiche tecniche dei beni da appaltare, che viceversa potrebbero sensibilmente ridurre la

²⁸⁴ Per quanto riguarda l'inclusione sociale, la nuova strategia europea sulla disabilità 2010-2020 COM (2010) 636 indica che la Commissione studierà l'eventuale vantaggio derivante dall'adozione di misure regolamentari che garantiscano l'accessibilità dei prodotti e dei servizi, tra cui misure destinate ad accrescere il ricorso agli appalti pubblici.

²⁸⁵ Occorre viceversa anche tener conto del fatto che alcuni obblighi dettati da una maggiore protezione dell'ambiente, ricollegabili *prima facie* a maggiori oneri di spesa, potrebbero generare a medio o lungo termine risparmi economici (ad esempio, nel settore dell'efficienza energetica).

scelta e la concorrenza nei mercati degli appalti, o anche eliminarle del tutto. Spostandoci “a valle”, si sostiene che le disposizioni obbligatorie sulla scelta del criterio (o dei criteri) di aggiudicazione di cui tener conto (ad esempio efficienza energetica, determinazione dei costi del ciclo di vita, accessibilità) probabilmente avrebbero effetti meno limitanti sulla concorrenza nei mercati degli appalti, segnalando un *trend* e una linea guida che troverà spazio nella formulazione delle nuove direttive²⁸⁶.

Un altro possibile effetto negativo dell'imposizione di obblighi alle amministrazioni aggiudicatrici su “che cosa acquistare” è individuato nella riduzione del loro margine di manovra nelle procedure di appalto: ciò potrebbe influire sulla loro capacità di chiedere beni e servizi del tutto adatti a soddisfare le specifiche esigenze concrete di ogni stazione appaltante (questo rischio potrebbe essere attenuato fissando l'obbligo ad un livello adeguato). Si sostiene inoltre che obblighi imposti a livello centrale su ciò che si deve acquistare creerebbero un ulteriore onere amministrativo a carico delle amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici, nonché un maggiore carico di lavoro per verificare che le imprese soddisfino i requisiti. Una maggiore istruzione e un'ideale formazione, nonché strumenti dedicati²⁸⁷ potrebbero aiutare le amministrazioni aggiudicatrici ad affrontare questo carico di lavoro in maniera efficiente. Alternativamente il problema può essere visto anche dall'opposto punto di vista notando cioè che con l'introduzione di requisiti standardizzati a livello UE, concernenti ad esempio l'acquisto di prodotti che rientrino nelle classi con le prestazioni più elevate, le autorità aggiudicatrici non avrebbero più bisogno di possedere specifiche conoscenze tecniche per la redazione delle specifiche, il che semplificherebbe in alcuni casi il compito di tener conto di tali criteri a livello locale, regionale e nazionale. L'altro lato della medaglia di questa semplificazione sarebbe però una sorta di “deresponsabilizzazione” dei livelli di governo del territorio più bassi, producendo un forte accentramento per quanto riguarda le decisioni in materia di “cosa inserire” nelle procedure, con forti rilievi pratici sulla realizzazione delle

²⁸⁶ Non nel senso che nelle nuove direttive si trovino prescrizioni in termini di obbligatorietà, ma nel senso che viene dato ampio spazio all'inserimento di criteri verdi tra i criteri di aggiudicazione.

²⁸⁷ Quale il predetto portale “*Clean Vehicle*”.

opere pubbliche, materia molto sensibile per gli enti locali, data la stretta *vicinitas* tra governanti e governati e il valore, non nascondiamocelo spesso anche politico, della realizzazione delle infrastrutture.

Lo stesso Libro verde suggerisce che una soluzione di portata minore sarebbe quella di prevedere incentivi per gli appalti di determinati tipi di beni o servizi, senza tuttavia imporli: *“Tali incentivi potrebbero consistere in vantaggi finanziari a favore delle amministrazioni aggiudicatrici che indicano appalti per la fornitura di beni e servizi ecosostenibili, socialmente inclusivi o innovativi, meccanismi per lo scambio delle migliori pratiche tra amministrazioni aggiudicatrici o altri meccanismi di sostegno per le amministrazioni aggiudicatrici che intendono perseguire gli obiettivi della strategia Europa 2020 mediante i loro appalti”*. Anche in relazione a tali aspetti il Libro verde formula quesiti volti a instaurare un dibattito sul tema²⁸⁸.

Tutti i problemi affrontati non hanno una risposta univoca e come già osservato le soluzioni risiedono in una difficile e profonda opera di bilanciamento e di mediazione da svolgere nella sede appropriata, cioè quella di formulazione delle proposte e poi delle direttive. D'altra parte il Libro verde che stiamo esaminando è un documento interpretativo e la sua funzione è proprio quella di sollevare i problemi e gli spunti di riflessione da trasfondere poi nel processo legislativo vero e proprio.

- Innovazione

Nell'ambito dell'uso strategico degli appalti è necessario spendere qualche parola sugli aspetti legati all'innovazione. Tutto quanto detto finora infatti si lega a doppio filo con quanto riguarda le proposte e le disposizioni tese ad innovare in tema di appalti. Innanzitutto perché lo scopo del Libro verde in analisi è proprio la “modernizzazione” del mercato dei contratti pubblici in Europa e poi perché più volte nel corso della trattazione si sono sottolineati i punti di contatto che esistono tra questi aspetti e gli appalti verdi. Possiamo ora dire che i due temi sono

²⁸⁸ Libro verde cit., quesiti nn. 83-90.

reciprocamente intrecciati e che lo sviluppo dell'uno presuppone anche lo sviluppo dell'altro, essendo di tutta evidenza (date le caratteristiche del GPP, intrinsecamente richiedente un *know-how* specialistico per la sua attuazione) come procedure più nuove e moderne siano il terreno ideale per lo sviluppo di strumenti di *green public procurement* sempre più efficienti e, viceversa, come questi siano a loro volta il laboratorio ideale per accrescere l'innovazione e lo sviluppo tecnico-scientifico delle nuove soluzioni in materia di appalti pubblici.

Tutto questo è pienamente coerente con le politiche e gli obiettivi messi in campo da Europa 2020 e, nel Libro verde di cui ci stiamo occupando, si legge per l'appunto che *“L'Europa presenta grandi potenzialità non ancora sfruttate di guidare l'innovazione mediante gli appalti pubblici e di incoraggiare allo stesso tempo la concorrenza transfrontaliera, di promuovere un'economia a basse emissioni di carbonio e di ottenere il miglior rapporto qualità/prezzo per le autorità pubbliche. Gli appalti pubblici di prodotti e servizi innovativi sono fondamentali per migliorare la qualità e l'efficienza dei servizi pubblici in periodi di restrizioni di bilancio”*²⁸⁹.

Prima di passare alla *pars construens* e quindi alle possibili modifiche da proporre attraverso la formulazione dei quesiti, la Commissione passa in rassegna gli strumenti già previsti dalle direttive vigenti (quelle del 2004) che consentono alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere ad appalti orientati all'innovazione e che possono stimolare il settore a trovare nuove soluzioni avanzate. Si segnalano i concorsi di progettazione²⁹⁰ che consentono alle amministrazioni aggiudicatrici di acquistare piani e progetti in settori quali l'architettura, l'ingegneria o l'elaborazione dei dati: nell'ambito di tale procedura, ai partecipanti si chiede di presentare progetti al di fuori del rigido quadro del capitolato d'onere; sono quindi liberi di presentare idee innovative che potrebbero essere utilizzate in una futura procedura di appalto. Nel caso di appalti particolarmente complessi, in cui le amministrazioni aggiudicatrici ritengono che l'uso della procedura aperta o ristretta non consentirà di aggiudicare l'appalto, la direttiva 18 prevede un'altra procedura: il

²⁸⁹ Libro verde cit. pag. 48.

²⁹⁰ Cfr. articoli dal 66 al 74 della direttiva 2004/18/CE.

dialogo competitivo²⁹¹. In questa procedura le amministrazioni aggiudicatrici possono aprire un dialogo con i candidati per individuare e definire gli strumenti più adatti a soddisfare le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice. Ai partecipanti si chiede di proporre idee e soluzioni che vengono poi discusse con le amministrazioni aggiudicatrici. Interessante a questo proposito anche il rapporto tra tutela delle soluzioni innovative e diritti di proprietà intellettuale, che non è possibile approfondire in questa sede²⁹².

Al momento di preparare il bando di gara, le amministrazioni aggiudicatrici potrebbero anche decidere di autorizzare gli offerenti a presentare varianti. In tal caso, si potrebbero offrire beni o servizi che non corrispondono a quelli definiti dall'autorità aggiudicatrice, ma che soddisfano i requisiti tecnici minimi contenuti nel bando di gara. La possibilità di presentare offerte che differiscano dalle specifiche tecniche inizialmente definite dalle amministrazioni aggiudicatrici incoraggia gli operatori economici a proporre un maggior numero di servizi o prodotti innovativi, e quindi stimola la ricerca nel settore delle nuove tecnologie, consentendo agli utenti di sfruttare il progresso tecnologico. Tale tipo di varianti, denominate "*varianti verdi*", sono già state menzionate nel corso del capitolo II, a cui si rinvia²⁹³.

²⁹¹ Cfr. l'articolo 29 della direttiva 2004/18/CE e il considerando 31 della direttiva 2004/18/CE. Tra l'altro questo ragionamento vale pure per i settori speciali, dato che benché il dialogo competitivo non sia previsto dalla direttiva 2004/17/CE, nulla impedisce ad un'amministrazione aggiudicatrice che abbia optato per una procedura negoziata con pubblicazione preventiva del bando di gara di indicare nelle specifiche che la procedura sarà quella prevista dalla direttiva 2004/18/CE per il dialogo competitivo.

²⁹² Articolo 29, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE. Tale garanzia costituisce una norma supplementare aggiunta alla clausola di riservatezza prevista dall'articolo 6 della direttiva. L'obiettivo delle vigenti norme UE in materia di appalti pubblici è di tutelare le soluzioni innovative, benché non facciano parte dei diritti di proprietà intellettuale. Le amministrazioni aggiudicatrici non possono rivelare agli altri partecipanti le soluzioni proposte né altre informazioni riservate senza il consenso dell'offerente. Tuttavia, l'uso selettivo dei diritti di proprietà intellettuale o di soluzioni innovative viene considerato un motivo di preoccupazione, soprattutto in relazione al dialogo competitivo: se un partecipante rivela le caratteristiche specifiche della propria soluzione, gli altri candidati possono venire a conoscenza. Mentre le norme vigenti prevedono che tali informazioni debbano restare riservate, l'amministrazione aggiudicatrice si trova tuttavia in una situazione difficile, pressata tra l'obbligo di tutelare le informazioni riservate e la necessità di rivelare alcune informazioni per individuare le soluzioni più adatte a soddisfare le proprie esigenze. Le amministrazioni aggiudicatrici potrebbero essere tentate di esercitare pressioni sugli offerenti affinché accettino di rivelare tali informazioni. Inoltre, il fatto che la soluzione migliore (quella scelta dall'amministrazione aggiudicatrice) sia inevitabilmente presentata a tutti i partecipanti, che sono quindi invitati a presentare le proprie offerte sulla base di tale soluzione, potrebbe scoraggiare i partecipanti, i quali eviterebbero di proporre soluzioni altamente innovative, non potendo essere certi che l'aver ideato tali soluzioni frutterebbe loro l'aggiudicazione dell'appalto.

²⁹³ Ivi, pag. 17 e ss., si era detto che le "*varianti verdi*" consistono nella possibilità, espressamente prevista nella comunicazione della Commissione 2001 (274), che le amministrazioni chiedano agli offerenti di aggiungere miglioramenti ambientali alle specifiche tecniche già definite. Questo può accadere ad esempio

Un altro modo importante per stimolare l'innovazione è la richiesta, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, di sviluppare prodotti o servizi che non sono ancora disponibili sul mercato. Secondo l'elaborazione della Commissione, ciò è possibile mediante il cosiddetto "appalto pre-commerciale"²⁹⁴, ossia l'appalto di servizi di ricerca e sviluppo per lo sviluppo di nuove soluzioni, al fine di acquistare in una fase successiva il prodotto o il servizio finale mediante una normale procedura di appalto pubblico. Tale approccio consente alle amministrazioni pubbliche di condividere con i fornitori i rischi e i benefici della progettazione, della realizzazione di prototipi e della sperimentazione su un volume limitato di nuovi prodotti e servizi, senza comportare aiuti di Stato. L'appalto pre-commerciale può aiutare le amministrazioni aggiudicatrici a migliorare drasticamente la qualità e l'efficienza dei servizi pubblici, creando mercati di punta e promuovendo lo sviluppo di nuove soluzioni innovative che possono soddisfare le richieste del settore pubblico di prodotti e servizi non ancora disponibili sul mercato. Tale tipo di appalto non è coperto dalle direttive UE in materia di appalti pubblici. Anzi ai sensi dell'articolo 16, lettera f), della direttiva 2004/18/CE e dell'art. 19 del Codice dei contratti pubblici che è analogo nel contenuto, è esplicitamente escluso dal rispettivo campo di applicazione²⁹⁵. Vedremo anche su questo punto se e quale sia stata l'evoluzione con le proposte di direttive e con le nuove direttive.

nel caso che l'ente non sia in grado al momento della formulazione del bando di avere il *know-how* necessario per inserire richieste verdi tra le specifiche tecniche. Non è altro che una declinazione pratica del ragionamento fatto sul rapporto tra *deficit informativo* delle amministrazioni, che è massimo quando c'è di mezzo la considerazione di elementi eco-sostenibili, e conseguente necessità di flessibilità delle procedure. In questo modo si può arrivare a colmare detto squilibrio senza precludere la possibilità di inserire quegli elementi di valutazione che sono all'origine del *deficit* in parola, ma che sono parimenti essenziali per integrare politiche sociali o ambientali nel diritto dei contratti pubblici. In ogni caso non è presente nessun riferimento esplicito alle "varianti verdi" nelle direttive e nel Codice ma nonostante ciò "qualora [la variante verde] sia espressamente contemplata dai documenti di gara (in modo da salvaguardare parità di trattamento tra i concorrenti), deve ritenersi ammissibile, oltretutto coerente con i principi del diritto comunitario".

²⁹⁴ Per maggiori orientamenti, cfr. la comunicazione della Commissione *Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa*, e il documento di lavoro dei servizi della Commissione che l'accompagna, rispettivamente COM (2007) 799 e SEC (2007) 1668. Per ulteriori informazioni sugli sviluppi più recenti e notizie sugli appalti pre-commerciali: http://cordis.europa.eu/fp7/ict/pcp/home_en.html.

²⁹⁵ Art. 16, lettera f) dir. 2004/18/CE: "La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi: [...] f) concernenti servizi di ricerca e sviluppo diversi da quelli i cui risultati appartengono esclusivamente all'amministrazione aggiudicatrice perché li usi nell'esercizio della sua attività, a condizione che la prestazione del servizio sia interamente retribuita da tale amministrazione".

Nonostante le diverse possibilità previste dal diritto vigente di promuovere l'innovazione mediante gli appalti pubblici, le parti interessate dalle consultazioni promosse dalla Commissione in materia, evidenziavano che in Europa soltanto una quota molto bassa di appalti pubblici mirava in concreto a promuovere l'innovazione. Le cause di questo “fallimento” erano individuate in una serie di fattori quali: incentivi sbagliati che favoriscono soluzioni a basso rischio; mancanza di conoscenze e di capacità in merito a come realizzare con successo procedure di appalto di nuove tecnologie e innovazioni; l'assenza di connessione tra gli appalti pubblici e gli obiettivi politici e la mancanza di un approccio strategico. Di conseguenza il punto dell'innovazione è centrale nell'ambito dell'ammodernamento degli appalti e del loro uso strategico e il dibattito che lo riguarda ha una influenza molto importante come già ricordato anche per lo sviluppo degli appalti verdi²⁹⁶.

La Commissione pone quindi vari quesiti di cui i più importanti, anche alla luce degli sviluppi successivi, sono il n. 93 e il n. 94. Il primo²⁹⁷ si interroga sull'utilità di introdurre nuove procedure per soddisfare meglio il requisito del sostegno all'innovazione tutelando soluzioni originali. Il secondo²⁹⁸ si chiede se l'approccio dell'appalto pre-commerciale sia quello giusto per stimolare l'innovazione e la diffusione degli appalti di servizi di R&S (Ricerca e Sviluppo), se ci siano altre soluzioni analoghe introducibili o se viceversa esso non vada potenziato dandogli riconoscimento esplicito all'interno della direttiva.

²⁹⁶ Tra l'altro e in questo senso la stessa Commissione ricorda che “Particolare attenzione dovrebbe essere prestata alla misurazione delle prestazioni, fondamentale per valutare gli effetti degli appalti pubblici sull'innovazione, per migliorare le prestazioni e conseguire il vero obiettivo dell'innovazione”, Libro verde cit. pag. 50 e per quanto riguarda le proposte, quesito n. 96 in particolare sulla rilevazione e il monitoraggio della misurazione delle prestazioni.

²⁹⁷ Quesito n. 93: “Ritenete che altre procedure potrebbero soddisfare meglio il requisito del sostegno all'innovazione tutelando soluzioni originali? In caso affermativo, quale tipo di procedure sarebbe più adeguato?”.

²⁹⁸ Quesito n. 94: “A vostro parere, l'approccio dell'appalto pre-commerciale, che prevede che le amministrazioni aggiudicatrici appaltino servizi di R&S per lo sviluppo di prodotti non ancora disponibili sul mercato, è adatto a stimolare l'innovazione? È necessario introdurre altre migliori prassi di condivisione e/o definizione di parametri per attività di appalto nel settore della R&S nei vari Stati membri con l'intento di favorire una più ampia diffusione dell'appalto pre-commerciale? Le amministrazioni aggiudicatrici potrebbero richiedere in altri modi non contemplati esplicitamente dal vigente quadro giuridico lo sviluppo di prodotti e servizi non ancora disponibili sul mercato? Ritenete che ci siano strumenti specifici con i quali le amministrazioni aggiudicatrici possano incoraggiare le PMI e le imprese in fase di avviamento (*startup*) a partecipare ad appalti pre-commerciali?”.

Si tratta adesso di vedere quanto e in che misura tutto quello che abbiamo analizzato sinora a proposito del dibattito comunitario in materia di appalti, e nel nostro specifico caso di appalti verdi, sia stato effettivamente trasfuso nelle direttive. Si tratta di capire a che percentuale di ciò che abbiamo affrontato con le diverse chiavi di lettura che ci siamo dati, siano seguiti atti concreti e, all'interno di quegli atti concreti, quanti siano stati i riconoscimenti solo formali e quali e quanti invece novità capaci di incidere sulla sostanza delle cose.

Con riferimento anche alle rispettive proposte della fine del 2011 (quando la consultazione portata avanti per mezzo del Libro verde esaminato ha dato alla Commissione le risposte che cercava), si entrerà nel merito con le più volte menzionate nuove direttive di settore del 2014.

3. Gli obiettivi e le nuove misure introdotte dalle direttive del 2014

“...Cette réforme est nécessaire, ambitieuse et réaliste. [La directive 18] a prouvé sa valeur. Mais les directives doivent marcher avec leur temps...”²⁹⁹

Dopo un lungo ed articolato negoziato, le proposte di direttive sono state approvate dal Parlamento europeo il 15 gennaio 2014 e dal Consiglio l'11 febbraio 2014. Le direttive sono entrate in vigore il 18 aprile dello stesso anno e dovranno essere recepite entro due anni, anche se termini differenziati sono previsti per taluni istituti³⁰⁰.

²⁹⁹ Michel Barnier, Commissario per il Mercato interno, citato da M. R. WILLIAMS, *Commission proposals to modernise public procurement*, PPLR, n. 3/2012, p. NA101.

³⁰⁰ Art. 90 dir. 2014/24/UE “2. In deroga al paragrafo 1 del presente articolo, gli Stati membri possono rinviare l'applicazione dell'articolo 22, paragrafo 1, fino al 18 ottobre 2018, eccettuati i casi in cui l'uso dei mezzi elettronici è obbligatorio ai sensi degli articoli 34, 35 o 36, dell'articolo 37, paragrafo 3, dell'articolo 51, paragrafo 2, o dell'articolo 53. In deroga al paragrafo 1 del presente articolo, gli Stati membri possono rinviare l'applicazione dell'articolo 22, paragrafo 1, per le centrali di committenza fino al 18 aprile 2017. Se uno Stato membro decide di rinviare l'applicazione dell'articolo 22, paragrafo 1, tale Stato membro garantisce che le amministrazioni aggiudicatrici possano scegliere tra i mezzi di comunicazione seguenti per tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni: a) mezzi elettronici conformemente all'articolo 22; b) posta o altro idoneo supporto; c) fax; d) una combinazione di questi mezzi. 3. In deroga al paragrafo 1 del presente articolo, gli Stati membri possono rinviare l'applicazione dell'articolo 59, paragrafo 2, secondo comma, fino al 18 aprile 2018. 4. In deroga al paragrafo 1 del presente articolo, gli Stati membri possono

La direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, la direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali (settori speciali) e la direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione riscrivono per la quarta volta la normativa europea sui contratti pubblici e sostituiscono la direttiva 2004/18/CE e la direttiva 2004/17/CE, che vengono conseguentemente abrogate. Rispetto a tali direttive, maggiormente focalizzate sugli aspetti economici delle offerte al fine di garantire la tutela della concorrenza e la parità di trattamento degli operatori, le direttive di "quarta generazione" sono basate su un approccio nuovo in quanto connettono il settore degli appalti alla Strategia Europa 2020 e li rendono funzionali a sviluppare un'economia della conoscenza e dell'innovazione. L'integrazione di nuovi obiettivi nella disciplina degli appalti si ripercuote, da un lato, sulla portata della regolazione e, dall'altro, sul ruolo degli operatori economici e soprattutto delle pubbliche amministrazioni nell'affidamento delle commesse.

La revisione della disciplina europea si è resa altresì necessaria per chiarire alcuni aspetti alla luce, tra l'altro, dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia: ciò ha riguardato, ad esempio, l'ambito di applicazione della disciplina (definizione di organismo di diritto pubblico, appalti misti, disciplina dell'*in house*). Le direttive sono state approvate dopo una fase di consultazione e una lunga discussione in seno alle istituzioni europee, che è durata più di due anni e che ha visto anche contrapporsi posizioni diverse in ordine ad alcune questioni sulle quali sono stati raggiunti compromessi in sede di negoziato³⁰¹.

Volendo spendere qualche parola sulle novità principali messe in campo dalle nuove direttive sul *public procurement*, facendo riferimento ora e nelle note che seguiranno alle disposizioni della direttiva 24, osserviamo che esse sono:

- misure destinate principalmente agli acquirenti pubblici che mirano alla crescita dell'efficacia della spesa pubblica attraverso strumenti volti a garantire certezza del

rinvia l'applicazione dell'articolo 59, paragrafo 5, secondo comma, fino al 18 ottobre 2018. 5. In deroga al paragrafo 1 del presente articolo, gli Stati membri possono rinviare l'applicazione dell'articolo 61, paragrafo 2, fino al 18 ottobre 2018".

³⁰¹ Ufficio studi Camera dei deputati, Schede di lettura n. 319 di accompagnamento all'A.C. 3194 (d.d.l. delega al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE), 2 luglio 2015.

diritto, semplificazione e flessibilità. In particolare: maggiore certezza del diritto attraverso una regolamentazione dettagliata degli affidamenti *in house* e della collaborazione tra stazioni appaltanti³⁰²; maggiore possibilità di aggregare la domanda pubblica³⁰³; maggiore semplificazione e flessibilità a livello dei criteri di selezione³⁰⁴, delle procedure di aggiudicazione³⁰⁵ e dell'esecuzione del contratto³⁰⁶.

- misure tese a favorire gli operatori economici per un mercato unico degli appalti pubblici più accessibile e ampio, attraverso la modernizzazione, la semplificazione e l'estensione del campo di applicazione delle regole comunitarie in materia³⁰⁷. In

³⁰² La direttiva codifica, sulla base dei principi consolidati della giurisprudenza europea, la disciplina che riguarda la cooperazione pubblico – pubblico e gli affidamenti *in house* (articolo 12). Su tale disciplina però, il testo definitivo della direttiva differisce da quello proposto dalla Commissione relativamente a due condizioni necessarie per l'affidamento: la prima riguarda l'effettuazione di "oltre l'80%" delle attività della persona giuridica controllata nello svolgimento dei compiti affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici controllanti o da altre persone giuridiche controllate dalle amministrazioni aggiudicatrici (i testi della Commissione fissavano un limite minimo del 90% in linea con alcune pronunce della Corte di giustizia europea); la seconda, nel confermare il divieto di partecipazione diretta di capitali privati nella persona giuridica controllata, consente in via eccezionale forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto.

³⁰³ Rispetto alla precedente direttiva, resta confermata l'attenzione sugli strumenti di aggregazione della domanda finalizzata a ottenere economie di scala, nonché un miglioramento e una maggiore professionalità nella gestione degli appalti (considerando 59). La scelta di ricorrere a tali strumenti rimane però nella piena disponibilità degli Stati membri: è pertanto confermata la possibilità di ricorrere alle centrali di committenza nella duplice veste di soggetti presso cui le amministrazioni aggiudicatrici possono acquistare forniture e servizi o di soggetti che aggiudicano contratti mediante i quali le amministrazioni possono acquistare lavori, forniture e servizi (articolo 37). Nel contempo, sono disciplinati due nuovi istituti: gli appalti congiunti occasionali (articolo 38) e gli appalti che coinvolgono amministrazioni aggiudicatrici di Stati membri diversi (articolo 39).

³⁰⁴ Relativamente ai criteri di aggiudicazione, netta preferenza nei confronti dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che è individuata seguendo un approccio costo/efficacia, che può includere il miglior rapporto qualità/prezzo valutato in relazione a criteri ambientali, qualitativi o sociali connessi all'oggetto dell'appalto (articolo 67, paragrafo 2). Si tratta certamente, come vedremo diffusamente più avanti, di uno degli aspetti, che connota la finalità di utilizzare in maniera strategica gli appalti, in quanto la preferenza nei confronti dell'offerta economicamente più vantaggiosa si accompagna a nuove modalità per la sua individuazione. Lo dimostra anche la nuova definizione del costo in cui sono compresi tutti i costi o parti di essi legati al ciclo di vita (*life cycle costing*) di un prodotto, di un servizio o di un lavoro (articolo 68) incluse le esternalità ambientali.

³⁰⁵ La nuova regolazione europea si basa, in primo luogo, sulla semplificazione e sulla flessibilità di utilizzo delle procedure e degli strumenti a disposizione delle amministrazioni aggiudicatrici, a cui è attribuita maggiore discrezionalità nella scelta delle soluzioni più adeguate. Si amplia il ventaglio delle procedure di aggiudicazione con l'inserimento della procedura competitiva con negoziazione (articolo 29), che si aggiunge al già esistente dialogo competitivo, e del partenariato per l'innovazione (articolo 31) cui le amministrazioni possono far ricorso nel caso in cui abbiano un'esigenza di prodotti, servizi o lavori innovativi che non può essere soddisfatta acquistando prodotti, servizi o lavori disponibili sul mercato. Su tutto questo si veda più diffusamente *infra*.

³⁰⁶ Sul fronte dell'esecuzione del contratto, oltre alle norme in materia di subappalto, la direttiva introduce nuove disposizioni relative alle modifiche dei contratti durante il loro periodo di validità (articolo 72) e alla risoluzione del contratto (articolo 73), che riprendono le principali pronunce della Corte di giustizia europea in merito.

³⁰⁷ Nella prospettiva della semplificazione delle procedure si prevede altresì: - il crescente utilizzo delle autodichiarazioni attraverso l'introduzione del documento di gara unico europeo (DGUE) (articolo 59); - una nuova disciplina del cosiddetto "soccorso istruttorio" attraverso la possibilità, per le amministrazioni

particolare: il passaggio definitivo alle comunicazioni elettroniche durante la procedura di aggiudicazione³⁰⁸; regole che permettono un maggiore accesso agli appalti pubblici per le PMI³⁰⁹, ad esempio introducendo un vero e proprio *favor* per la lottizzazione³¹⁰, secondo un'impostazione già diffusa in altri paesi europei come

aggiudicatrici, di chiedere agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza (articolo 56, paragrafo 3); - la possibilità, per le amministrazioni aggiudicatrici, nelle procedure aperte di decidere di esaminare le offerte prima di verificare l'assenza di motivi di esclusione e il rispetto dei criteri di selezione (articolo 56, paragrafo 2). In tal caso, le amministrazioni garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato ad un offerente che avrebbe dovuto essere escluso o che non soddisfa i criteri di selezione; - la creazione di un registro *on line* dei certificati e di altre forme di prova documentali (articolo 61).

³⁰⁸ La semplificazione delle procedure è agevolata dal ricorso generalizzato ai mezzi elettronici di comunicazione e informazione (articolo 22 e articolo 37, paragrafo 3) anche se gli Stati membri possono rinviare l'applicazione di tali regole fino al 18 ottobre 2018. La direttiva dedica una specifica sezione alle tecniche e agli strumenti per gli appalti elettronici quali i sistemi dinamici di acquisizione (articolo 34), le aste elettroniche (articolo 35) e i cataloghi elettronici (articolo 36). Va peraltro ricordato che la diffusione degli appalti elettronici nell'Unione europea è anche oggetto di una specifica strategia presentata dalla Commissione il 20 aprile 2012, che è finalizzata al completamento della transizione verso tale tipologia di appalti entro la metà del 2016. Da notare che sul tema dei "contratti pubblici elettronici" la Commissione ha pubblicato il Libro verde sullo sviluppo degli appalti pubblici elettronici nell'UE, COM (2010) 571 del 18 ottobre 2010 e la Comunicazione *Una strategia per l'estensione dell'uso degli appalti pubblici elettronici*, COM (2012) 179 del 20 aprile 2012.

³⁰⁹ La partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici rientra tra gli obiettivi generali delle nuove direttive. Oltre alle disposizioni sulla lottizzazione richiamate alla nota seguente si segnala che requisiti eccessivamente severi relativi alla capacità economica e finanziaria spesso costituiscono un ostacolo ingiustificato alla partecipazione delle PMI agli appalti pubblici: per tale ragione, la direttiva, nel sottolineare la necessità di stabilire requisiti attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, richiede che i requisiti di fatturato minimo annuo degli operatori economici non superino il doppio del valore stimato dell'appalto, salvo in circostanze debitamente motivate relative ai rischi specifici connessi alla natura dei lavori, servizi o forniture (articolo 58, paragrafo 3). Sono, altresì, introdotte norme in favore dei subappaltatori sotto il profilo dei pagamenti anche se la loro introduzione è demandata agli Stati membri che possono prevedere, su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente, che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca i pagamenti dovuti direttamente al subappaltatore per i servizi, le forniture o i lavori forniti all'operatore economico cui è stato aggiudicato l'appalto pubblico (articolo 71, paragrafo 3) e possono prevedere disposizioni di diritto interno più rigorose in materia di responsabilità, anche nel quadro del diritto interno in materia di pagamenti diretti ai subappaltatori, ad esempio prevedendo pagamenti diretti ai subappaltatori senza la necessità che questi ultimi facciano richiesta di pagamento diretto (articolo 71, paragrafo 7). Anche la fissazione dei termini per la partecipazione e la presentazione delle offerte, che dovrebbero essere quanto più brevi possibile, non dovrebbe creare indebiti ostacoli all'accesso delle PMI (considerando 80) e, pertanto, dovrebbe tenere conto in particolare della complessità dell'appalto e del tempo necessario per preparare le offerte (articolo 47, paragrafo 1). Più in generale, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere incoraggiate ad avvalersi del Codice europeo di buone pratiche, di cui al documento di lavoro dei servizi della Commissione del 25 giugno 2008, dal titolo «Codice europeo di buone pratiche per facilitare l'accesso delle PMI agli appalti pubblici», che fornisce orientamenti sul modo in cui dette amministrazioni possono applicare la normativa sugli appalti pubblici in modo tale da agevolare la partecipazione delle PMI (considerando 78).

³¹⁰ G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Fasc. 1 – 2015, Giuffrè, nota (194): "Anche la Direttiva appalti 2014/24/UE contiene disposizioni volte a favorire la partecipazione delle PMI agli appalti pubblici. Il considerando n. 78 è esplicito al riguardo laddove prevede che "è opportuno che gli appalti pubblici siano adeguati alle necessità delle PMI". Il considerando n. 78 prevede che "L'amministrazione aggiudicatrice dovrebbe avere il dovere di esaminare se sia appropriato suddividere gli appalti in lotti mantenendo la facoltà di decidere autonomamente sulla base di qualsiasi motivo ritenga rilevante, senza essere soggetta a

la Francia dove all'art. 10 del *Code des marchés publics* è previsto l'obbligo di *allotissement* a meno che non sussistano ragioni tecniche oppure economiche oppure finanziarie che ne sconsigliano l'utilizzo; la revisione del campo di applicazione in materia di servizi³¹¹.

- misure di interesse generale tese a promuovere il ruolo degli appalti pubblici come vettore delle politiche strategiche intraprese dall'Unione. In particolare è da sottolineare, specialmente ai fini del nostro lavoro, la previsione di una maggiore possibilità per le stazioni appaltanti di tenere conto di esigenze ambientali³¹² (compresa l'utilizzazione efficace delle risorse) e sociali (comprese le esigenze legate al lavoro) all'interno delle specifiche tecniche e nella fase di selezione e di aggiudicazione³¹³.

A queste linee guida generali, dobbiamo aggiungere che uno degli obiettivi principali, dichiarati già in sede di proposte, è quello di avvicinare per quanto possibile la disciplina dei “settori speciali” a quella dei “settori classici”. La proposta sui contratti di concessione è invece volta a fornire, come già ricordato, sulla base della giurisprudenza elaborata in materia dalla Corte di giustizia dell'Unione europea un quadro giuridico certo nelle procedure di aggiudicazione

supervisione amministrativa o giudiziaria”. Il considerando *de quo* quindi tenderebbe a creare un'area di insindacabilità fra le scelte dell'Amministrazione in tema di divisione in lotti. È l'amministrazione aggiudicatrice che dovrebbe poter scegliere fra unitarietà e suddivisione, senza possibilità di supervisione e con ampiezza di ragioni. Invero, il considerando sembra affermare più di quanto la stessa Direttiva consenta. A ben vedere, l'art. 46 della medesima Direttiva dispone che “le amministrazioni aggiudicatrici indicano i motivi principali della loro decisione di non suddividere in lotti”. Ecco allora che si tratterebbe di un'insindacabilità asimmetrica. Il *favor* per la lottizzazione espresso nella Direttiva porterebbe a rendere insindacabile la scelta di suddividere l'appalto in lotti, ma sindacabile la scelta contraria. (Tra l'altro si segnala che) la direttiva concessioni non contiene una simile disposizione. In dottrina si rinvia a COZZIO M., *Le nuove direttive e l'accesso delle piccole e medie imprese al mercato degli appalti*, pubblicato su Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici, www.osservatorioappalti.unitn.it”.

³¹¹ Relativamente all'ambito di applicazione, è di fatto integrato l'elenco dei servizi assoggettato alla direttiva (allegato XIV) attraverso la soppressione della distinzione tra i cosiddetti “servizi A”, soggetti integralmente alla disciplina europea, e i “servizi B”, la cui aggiudicazione deve rispettare unicamente le disposizioni sulle specifiche tecniche e sulla trasmissione di un avviso relativo al risultato dell'aggiudicazione degli appalti.

³¹² Come vederemo diffusamente più avanti, la nuova attenzione al rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro è enfatizzata tra i principi generali per l'aggiudicazione degli appalti (articolo 18) e trova conferma nell'ampliamento delle cause di esclusione dalla partecipazione alle procedure di appalto (articolo 57) – in cui sono incluse anche le violazioni della normativa in materia ambientale e sociale – e nella verifica delle motivazioni in ordine a offerte che appaiono anormalmente basse (articolo 69) oltre che nelle altre misure cui si è precedentemente fatto cenno.

³¹³ N. SPIEGEL, M. URBANI *La “modernisation” des règles européennes sur les marchés publics: la nouvelle directive 2014/24/UE*, in *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 4-2014, Editions Clément Juglar.

delle concessioni. Da ultimo si segnala anche che risultano rafforzati gli obiettivi della lotta ai conflitti di interesse, alla corruzione e ai favoritismi³¹⁴.

Per ulteriori approfondimenti sulle novità generali delle nuove direttive comunitarie si rimanda ad altre trattazioni, non essendo possibile in questa sede scendere ulteriormente nei dettagli³¹⁵.

Lo stretto collegamento tra le nuove direttive di settore e le strategie comunitarie per rilanciare la crescita (soprattutto la crescita “di qualità”) emerge *in primis* dal considerando (2) della direttiva 24 che afferma che “*Gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020, illustrata nella comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 dal titolo «Europa 2020 – Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva» («strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»), in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l’uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici. A tal fine, la normativa sugli appalti adottata ai sensi della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dovrebbe essere rivista e aggiornata in modo da accrescere l’efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso*

³¹⁴ in tal senso, va letta l’introduzione di specifiche disposizioni volte: ad obbligare gli Stati ad adottare misure adeguate per prevenire, individuare e porre rimedio in modo efficace ai conflitti di interesse nell’aggiudicazione degli appalti (articolo 24); a considerare “irregolari” le offerte in relazione alle quali vi sono prove di corruzione o collusione (articolo 26, paragrafo 4, e 35, paragrafo 5), a escludere gli operatori economici colpevoli di gravi illeciti professionali o al verificarsi di un conflitto di interessi (articolo 57, paragrafo 4, lettere c ed e). La direttiva contempla comunque la possibilità, per gli operatori economici che si trovino in una delle situazioni elencate nell’articolo 57 riguardante i motivi di esclusione, di fornire prove del fatto che le misure da essi adottate sono sufficienti a dimostrare la loro affidabilità (articolo 57, paragrafo 6), nonostante l’esistenza di un pertinente motivo di esclusione, non escludendo gli operatori economici dalle procedure d’appalto nel caso in cui le prove medesime siano ritenute sufficienti (cosiddetto self cleaning).

³¹⁵ A. BOTTO *Manuale sui contratti pubblici*, dispense LUISS 2014 reperibili all’indirizzo <http://docenti.luiss.it/botto/materiali-didattici/>; N. SPIEGEL, M. URBANI *La “modernisation” des règles européennes sur les marchés publics: la nouvelle directive 2014/24/UE*, in *Revue du Droit de l’Union Européenne*, 4-2014, Editions Clément Juglar; Ufficio studi Camera dei deputati, Schede di lettura n. 319 di accompagnamento all’A.C. 3194 (d.d.l. delega al Governo per l’attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE), 2 luglio 2015; Istituto ITACA, Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, *Documento di analisi della direttiva 2014/24/UE in materia di appalti pubblici*, Roma, 19 febbraio 2015; P. SESTITO, Testimonianza del Capo del Servizio di Struttura economica della Banca d’Italia a proposito del recepimento delle nuove direttive europee in materia di contratti pubblici, Camera dei deputati 16 giugno 2014; N. TORCHIO *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, Relazione tenuta per il Corso di formazione sui contratti pubblici per il personale della magistratura della Corte dei conti, 12-13 maggio 2014.

per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale. È inoltre necessario chiarire alcuni concetti e nozioni di base onde assicurare la certezza del diritto e incorporare alcuni aspetti della giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia”.

Non si può non partire da qui perché tale considerando, collocato proprio in *incipit* di direttiva, riassume molto bene l'impostazione di principio della revisione comunitaria, sintetizzando quanto analizzato nei paragrafi precedenti. Emerge in particolare il tentativo di coniugare le esigenze economico-regolatorie, garantendo un uso più efficiente dei fondi pubblici attraverso una maggiore semplificazione e flessibilità delle procedure, realizzando una maggiore apertura dei mercati a livello europeo e favorendo la partecipazione delle piccole e medie imprese e di offerenti transfrontalieri, sia con la promozione dell'innovazione e dell'eco-innovazione intesa, quest'ultima, come *“qualsiasi forma di innovazione che riduce impatti negativi per l'ambiente, aumenta la resistenza alle pressioni ambientali e consente un uso più efficace e responsabile delle risorse naturali”*³¹⁶, e sia con la tutela sociale e ambientale “diretta”.

L'analisi si articolerà secondo le chiavi di lettura che hanno caratterizzato finora la trattazione, quindi il rapporto tra obbligatorietà e facoltà delle prescrizioni verdi, chiave indispensabile per coglierne i possibili sviluppi in termini di effettività, a sua volta da porre in raffronto con il principio di economicità che, come ricordato anche dal Libro verde citato, è elemento sempre centrale nelle procedure della contrattualistica pubblica.

Ancora una volta si tratta in definitiva di cogliere lo stato dell'arte e il “livello di maturità e salute” del principio dello sviluppo sostenibile, alla luce delle nuove politiche comunitarie.

Per l'oggetto di studio del presente lavoro il fulcro sarà rappresentato dalla direttiva 2014/24/UE che si riferisce all'affidamento dei contratti d'appalto di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari dato che, a livello di principi, la direttiva 2014/25/UE sui settori speciali contiene norme analoghe, secondo considerazioni equivalenti a

³¹⁶ Comunicazione della Commissione COM (2011) 899.

quelle già svolte per le direttive del 2004 a proposito del rapporto tra la direttiva 18 e la direttiva 17³¹⁷.

Qualche riferimento puntuale sarà alla direttiva 2014/23/UE sulle concessioni.

4. La direttiva 2014/24/UE e gli appalti verdi

Le proposte di direttive del 2011 sono interessanti rappresentando l'anello di collegamento tra il Libro verde (e il dibattito approfondito nei paragrafi precedenti) e le direttive approvate. Per meglio comprendere e commentare le nuove norme, l'esame dei principali articoli della direttiva terrà conto di ciò che la Commissione ha proposto nel Libro verde, con qualche riferimento a ciò che essa ha formalizzato nelle proposte di direttive, alla luce della consultazione seguita al Libro verde stesso³¹⁸.

Si segnala tra l'altro che l'VIII Commissione Ambiente della Camera dei deputati ha esaminato le proposte nell'ambito della procedura che consente alla Camera di partecipare alla formazione delle politiche europee, adottando un documento finale

³¹⁷ La quarta riscrittura della normativa europea nel settore degli appalti è caratterizzata da un avvicinamento della disciplina dei settori "speciali" a quella dei settori ordinari. Ciononostante, le norme per i cosiddetti settori "speciali", in cui sono compresi acqua, energia, trasporti e servizi postali, continuano a essere contenute in una direttiva ad hoc (direttiva 2014/25/UE). Gran parte delle novità già segnalate e che segnaleremo per i settori ordinari è riprodotta nella disciplina applicabile ai settori speciali: ciò vale, a titolo esemplificativo, per le nuove procedure riguardanti i partenariati per l'innovazione (articolo 49), i criteri ambientali e sociali attraverso il rispetto degli obblighi in tale ambito (articolo 36, paragrafo 2), i criteri di aggiudicazione dell'appalto (articolo 82), i costi del ciclo di vita (articolo 83), la fase di esecuzione dei contratti (articoli 87-90). Permane un regime specifico che riguarda, in generale, i sistemi di qualificazione degli operatori economici (articolo 77), l'accessibilità di norme e criteri oggettivi per l'esclusione e la selezione degli offerenti o dei candidati agli operatori economici interessati (articolo 78), nonché norme ad hoc per i vari settori speciali. Anche nel caso dei settori speciali intervengono, infine, modifiche volte a chiarire l'ambito di applicazione della nuova disciplina: la nozione di diritti speciali o esclusivi è, infatti, più articolata rispetto alla precedente direttiva (articolo 4, paragrafo 3).

³¹⁸ Per una valutazione della proposta di direttiva sui settori ordinari COM (2011) 896 definitivo, si rimanda a G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2012, V, p. 866 e ss. che sostiene che gli spunti di riflessione segnalati dalla Commissione nel Libro verde non sono stati tutti recepiti dalla proposta di direttiva sugli appalti pubblici del 20 dicembre 2011. Ci sono ovviamente passi in avanti e novità di rilievo, ma nel complesso la proposta di direttiva presenta vari punti di timidezza. "Ciò dimostra, ancora una volta, come lungo e sofferto, sia il recepimento di considerazioni ambientali negli appalti pubblici, che si scontra con considerazioni di stampo strettamente economico, legate al breve periodo" e, soprattutto, come sia complesso il passaggio dai documenti interpretativi e di principi agli atti normativi veri e propri. Si veda anche M. COZZIO *Prime considerazioni sulle proposte di direttive europee in tema di public procurement* e E. D'ALEO *La revisione delle direttive sui contratti pubblici: criticità e prospettive* in *Negoziazioni pubbliche, scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati* a cura di G. BOTTINO, A. BOTTO, M. CAFAGNO, G. FIDONE, Giuffrè 2013.

sulle due proposte relative agli appalti³¹⁹ e un documento finale sulla proposta relativa alle concessioni³²⁰. In sede di istruttoria delle proposte, la Commissione Ambiente ha svolto un ampio ciclo di audizioni da cui sono emersi importanti elementi di valutazione e di informazione. Tali documenti vengono solo menzionati in questa sede³²¹.

a) Le disposizioni “indirettamente legate” agli appalti verdi

Abbiamo avuto modo di sottolineare più volte come accanto alla previsione di norme direttamente rivolte alla tutela dell’ambiente e alla sua integrazione nelle altre politiche comunitarie, sia altrettanto importante il quadro di contesto e come procedure più flessibili e negoziate, accanto a procedure che stimolino l’innovazione, siano essenziali per lo sviluppo degli strumenti di *green public procurement*, contribuendo le prime al superamento dell’asimmetria informativa connaturata a questi strumenti, le seconde allo sviluppo di nuove soluzioni verdi.

Gli strumenti per raggiungere il macro-obiettivo di un uso strategico funzionale teso a migliorare l’innovazione del sistema nel suo insieme, con finalità di promozione dell’intero ordinamento, sono individuati essenzialmente nella semplificazione burocratica degli adempimenti, nel rafforzamento degli ambiti di duttilità degli istituti esistenti e nell’introduzione di alcune nuove possibilità in precedenza non previste.

In particolare, è visto con favore (al contrario, come già sottolineato, di quanto è avvenuto ed ancora parzialmente avviene in Italia) il ricorso a forme di negoziazione per meglio calibrare le risposte del mercato alle effettive esigenze della committenza.

³¹⁹ Camera dei deputati, XVI legislatura Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari Ambiente, territorio e lavori pubblici (VIII) allegato 1, 28 novembre 2012, 746.

³²⁰ Camera dei deputati, XVI legislatura Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari Ambiente, territorio e lavori pubblici (VIII) allegato 1, 12 dicembre 2012, 754.

³²¹ Per quanto concerne l’esame presso il Senato della Repubblica, la 14a Commissione (politiche dell’Unione europea) il 18 dicembre 2012 ha approvato una risoluzione sulle proposte COM(2011)895 e COM(2011)896 (Doc XVIII-bis n.89) che è stata oggetto di una risposta della Commissione europea l’11 luglio 2013. Sulla proposta COM(2011)897, la 14a Commissione ha approvato, sempre in data 18 dicembre 2012, la risoluzione Doc XVIII-bis, n 90, oggetto di risposta della Commissione europea con lettera datata 14 maggio 2013.

Si tratta, in pratica, di mettere a disposizione degli Stati membri un'ampia gamma di strumenti, tali da garantire la massima flessibilità e la necessaria adattabilità alle esigenze del caso concreto (ciò viene comunemente definito come *toolbox approach*³²²). Tale scelta si pone in perfetta linea di continuità con quanto da tempo affermato dalla Corte di Giustizia, circa la necessità che non vengano individuate delle soluzioni aprioristicamente valide per le varie situazioni che si presentano nella esperienza quotidiana (si pensi, ad esempio, alla preferenza per il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, ritenuto dalla Corte invece inadeguato quando debba darsi rilievo alle caratteristiche qualitative del bene/servizio)³²³.

A questo proposito è interessante menzionare alcune delle principali novità della direttiva 2014/24/UE, come l'introduzione all'art. 29 della nuova procedura denominata procedura competitiva con negoziazione³²⁴, che prende il posto della precedente procedura negoziata con pubblicazione di bando. Si tratta di una procedura ristretta, con selezione qualitativa degli invitati, sulla base di un bando in cui la stazione appaltante precisa l'oggetto del contratto individuando solo i bisogni e le caratteristiche richieste, e contestualmente formula i criteri di aggiudicazione. La specificazione viene poi riservata alla successiva negoziazione con gli offerenti³²⁵.

³²² A. BOTTO *Manuale sui contratti pubblici*, dispense LUISS, 2014, Cap I, reperibili all'indirizzo <http://docenti.luiss.it/botto/materiali-didattici/>.

³²³ Corte Giust., II, 7 ottobre 2004, C-247/02, che ha definito il contenzioso tra Sintesi spa e l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ed altri. In particolare, in questa sentenza il Giudice comunitario afferma che "una disposizione nazionale ... che restringe la libertà di scelta dell'amministrazione aggiudicatrice, nell'ambito delle procedure di gara aperte o ristrette, imponendo il ricorso al prezzo più basso quale unico criterio di aggiudicazione, non impedisce alle amministrazioni aggiudicatrici di procedere al raffronto tra le singole offerte e di individuare la migliore sulla base di un criterio oggettivo preventivamente fissato..., tuttavia priva le amministrazioni aggiudicatrici della possibilità di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari degli appalti...scegliendo per ognuno il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta". Conforme è il punto di vista dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici: con determina n. 5 dell'8 ottobre 2008, infatti, tale istituzione ha affermato che spetta alla stazione appaltante scegliere il criterio di aggiudicazione più adeguato secondo le caratteristiche specifiche del contratto. Nella stessa linea di pensiero è Corte Giust., IV, 19 maggio 2009, C-538/07, secondo cui possono essere esclusi gli operatori collegati che partecipano alla stessa gara solo quando la situazione di collegamento abbia concretamente influito sull'offerta presentata, con una verifica specifica *ex post*.

³²⁴ Similmente a quanto già previsto in sede di proposta di direttiva, precisamente all'art. 27 COM (2011) 896 definitivo.

³²⁵ Addirittura il Comitato economico sociale, nel parere reso il 13 luglio 2011 relativamente al Libro Verde della Commissione sulla modernizzazione della disciplina dei contratti pubblici, era giunto ad esprimere la convinzione che sarebbe opportuno optare, in ogni ambito contrattuale e senza presupposti tassativi, per "una procedura negoziata generale, sul modello di quella prevista dalla direttiva sui servizi di pubblica utilità o analoga al dialogo competitivo".

Interessante è anche la figura dell'accordo pre-commerciale o di R&S, già citato in precedenza: questa formula contrattuale, di importazione dagli USA, consente alla mano pubblica di indirizzare l'industria verso la progettazione e realizzazione di nuovi modelli con più elevato tasso di efficienza. Ad esempio, l'Amministrazione pubblica potrebbe riservarsi il prodotto di alta qualità per fini militari, consentendo al produttore di adattarlo e commercializzarlo, con le adeguate modifiche, per finalità civili³²⁶. Nella nuova direttiva esso trova posto all'art. 14 "Servizi di ricerca e sviluppo"³²⁷. In questo caso la nuova norma si pone in continuità con quella dell'art. 16 della direttiva 18 e con il conseguente art. 19 del Codice dei contratti pubblici, anche se è formulata "al contrario". Lì si escludevano dall'ambito di applicazione della direttiva gli appalti di servizi di ricerca e sviluppo "*diversi da quelli i cui risultati appartengono esclusivamente all'amministrazione aggiudicatrice perché li usi nell'esercizio della sua attività, a condizione che la prestazione del servizio sia interamente retribuita da tale amministrazione*". Qui invece si dispone in positivo che la direttiva si applica ai contratti per servizi di ricerca e sviluppo (identificati da alcuni codici CPV), purché siano soddisfatte le condizioni che "*a) i risultati appartengono esclusivamente all'amministrazione aggiudicatrice perché li usi nell'esercizio della sua attività, e b) la prestazione del servizio è interamente retribuita dall'amministrazione aggiudicatrice*". La mancanza di entrambi i presupposti fa fuoriuscire l'attività di ricerca e sviluppo dall'ambito di applicazione della direttiva e per l'attribuzione di tali contratti occorre fare riferimento alla già menzionata Comunicazione della Commissione europea del 14 dicembre 2007, specifica sul tema³²⁸. Possiamo quindi constatare che

³²⁶ A. BOTTO *Manuale sui contratti pubblici*, dispense LUISS, 2014, Cap I, reperibili all'indirizzo <http://docenti.luiss.it/botto/materiali-didattici/>.

³²⁷ Similmente a quanto già previsto in sede di proposta di direttiva, precisamente all'art. 13 COM (2011) 896 definitivo.

³²⁸ Il considerando (35) della direttiva 24 precisa che "È opportuno incoraggiare il cofinanziamento di programmi di ricerca e sviluppo (R&S) da parte di fonti del settore industriale. È pertanto opportuno precisare che la presente direttiva si applica solo in assenza di tale cofinanziamento e qualora i risultati delle attività di R&S siano destinati all'amministrazione aggiudicatrice interessata. Ciò non dovrebbe escludere la possibilità che il prestatore di servizi che ha svolto tali attività possa pubblicare una relazione al riguardo, a condizione che l'amministrazione aggiudicatrice mantenga il diritto esclusivo di usare i risultati dell'R&S nell'esercizio delle sue attività. Tuttavia, condivisioni fittizie dei risultati dell'R&S o partecipazioni puramente simboliche alla remunerazione del prestatore di servizi non dovrebbero impedire l'applicazione della presente direttiva". Il considerando (47) continua: "È opportuno ricordare che la comunicazione della Commissione del 14 dicembre 2007 intitolata *Appalti precommerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa*, riguardante gli appalti dei servizi di R&S

rispetto al quesito n. 94 del Libro verde citato che si interrogava su un possibile nuovo ruolo da dare all'appalto pre-commerciale, per valorizzarne anche l'ambito ricompreso dalla direttiva e non solo quello "escluso", non siano stati fatti passi in avanti³²⁹.

Ancora, molto utile per la "causa verde" potrebbe configurarsi la nuova possibilità, introdotta dalle direttive in esame, di sondare il mercato prima di procedere al bando di gara: in questo modo la stazione appaltante colma il proprio deficit informativo ed acquisisce dagli stessi operatori di mercato le informazioni necessarie per calibrare meglio la propria domanda. Ciò avviene con l'introduzione delle "Consultazioni preliminari di mercato" all'art. 40 della direttiva 24³³⁰ che prevedono la possibilità per la stazione appaltante di condurre consultazioni di mercato preliminari in vista della definizione dei documenti di gara e per informare gli operatori del proprio programma, onde acquisire indicazioni e consigli dagli stessi operatori di mercato. È interessante osservare che la precedente direttiva 2004/18/CE prevedeva, al considerando (8), che prima dell'avvio di una procedura di aggiudicazione di un appalto, le amministrazioni aggiudicatrici avrebbero potuto, avvalendosi di un "dialogo tecnico", sollecitare o accettare consulenze che potevano essere utilizzate nella preparazione del capitolato d'oneri a condizione che tali consulenze non avessero l'effetto di ostacolare la concorrenza. Il considerando (8), dedicato al cosiddetto dialogo tecnico, non è mai divenuto norma nel nostro ordinamento giuridico, probabilmente per timore di abusi e/o di utilizzazione arbitraria ed eccessiva. In ogni caso, costituiva e costituisce un'importante prerogativa che avrebbe (e può) essere utilizzata dal RUP.

L'utilità, rispetto alla normativa precedente, è evidente soprattutto in relazione a particolari appalti di servizi o di forniture a forte componente tecnologica e/o sperimentale e il collegamento con la possibilità di nuove soluzioni nel segno della eco-compatibilità, già più volte richiamato, è evidente. Nulla impedisce che il

che non rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva, riporta una serie modelli di aggiudicazione di appalti. Questi modelli continuerebbero ad essere disponibili, ma la presente direttiva dovrebbe anche contribuire ad agevolare gli appalti pubblici nel settore dell'innovazione e aiutare gli Stati membri nel raggiungimento degli obiettivi dell'Unione in questo ambito".

³²⁹ Da notare che il d.l. n. 179/2012 convertito in legge 17 dicembre 2012 n. 221 ha riconosciuto la figura contrattuale dell'appalto pre-commerciale nell'ambito dell'attività dell'Agenzia per l'Italia digitale

³³⁰ In senso sostanzialmente analogo l'art. 39 della proposta di direttiva COM (2011) 896 definitivo.

responsabile della procedura possa avvalersi di esperienze già esistenti ma ciò deve avvenire con cura e con accorgimenti tali da impedire la violazione dell'imparzialità o la costituzione di autentiche posizioni di vantaggio nei confronti dell'operatore a cui si è chiesto il contributo tecnico. Una delle ragioni per cui il considerando (8) non è diventato norma è probabilmente rinvenibile nel fatto che la stessa disposizione in realtà risultava priva di garanzia di imparzialità se non per l'inciso finale secondo cui le "consulenze" acquisite non dovevano avere l'effetto di ostacolare la libera concorrenza.

Uno degli aspetti di maggiore novità, è che il dialogo tecnico viene più propriamente chiamato per quello che è ovvero una (potenziale) consultazione preliminare di tipo tecnico che precede l'avvio della procedura (e non l'aggiudicazione della gara).

Il fatto che nell'articolo 40 della direttiva 24 la norma introduca proprio il Capo III (Svolgimento della procedura) del Titolo II (Disposizioni applicabili agli appalti pubblici), Sezione I rubricata "Preparazione [del procedimento di acquisizione]", consente di comprendere la precisa consapevolezza del legislatore comunitario che in fase di programmazione, sia della gara sia della stessa acquisizione, è già possibile consultare il mercato in forma preliminare. Il mercato pertanto non necessariamente deve essere consultato con ossessiva attenzione per individuare i potenziali contraenti o gli interlocutori da invitare al procedimento di gara, ma è altresì ammissibile una fase propedeutica in ausilio al responsabile del procedimento che, in luogo di costose (e per altro fortemente contingentate) consulenze può sollecitare un contributo spontaneo (naturalmente presidiato) con le cautele di cui si è detto.

Con il successivo art. 41 "Partecipazione precedente di candidati o offerenti" viene affermato il principio in forza del quale il coinvolgimento di un operatore quale consulente in sede di preparazione dei documenti di gara non può comportarne l'esclusione dalla gara, sempre che la stazione appaltante adotti idonee misure che garantiscano la parità di informazioni tra i partecipanti³³¹. L'art. 41 non solo

³³¹ Previsione analoga anche nella proposta di direttiva con l'unica differenza che in questo caso la "partecipazione precedente di candidati e offerenti" era ricompresa nello stesso art. 39 della proposta di direttiva COM (2011) 896 definitivo.

completa il quadro di riferimento dell'art. 40 ma introduce anche un concetto più ampio, estendendo l'applicazione della disposizione anche all'ipotesi in cui il candidato/offrente abbia altrimenti partecipato alla preparazione della procedura di aggiudicazione. L'articolo, nuovo nell'ordinamento comunitario, codifica un principio affermato dalla Corte di Giustizia³³² in base al quale, l'aver partecipato ad una consultazione preliminare o alla preparazione della procedura non pregiudica la partecipazione alla gara se l'operatore economico non ha tratto un vantaggio concorrenziale rispetto agli altri offerenti. A tali fini, devono ricorrere alternativamente i seguenti presupposti: 1) l'Amministrazione è stata in grado di garantire, attraverso misure adeguate che la concorrenza non è stata falsata³³³; 2) i candidati possono provare che la loro partecipazione non è elemento in grado di falsare la concorrenza³³⁴. L'articolo costituisce una nuova forma di flessibilità procedurale e sostanziale, che consentirebbe alle amministrazioni aggiudicatrici, adottando le opportune modalità di attuazione, di qualificare meglio la propria domanda sfruttando, attraverso il loro coinvolgimento, la competenza di soggetti esperti e qualificati. L'essenza di quest'articolo, che dovrebbe permeare anche il nostro ordinamento, è favorire la concorrenza garantendo una maggior competitività qualificata che incontra il solo limite di assicurare che la concorrenza non sia falsata³³⁵.

³³² Corte di Giustizia europea, Sez. II 3 marzo 2005-C-21703 e C-34/03.

³³³ L'articolo precisa che tra le misure adeguate sono ricomprese lo scambio di informazioni pertinenti atte a garantire a tutti i partecipanti il medesimo flusso documentale compreso quello relativo alla fase antecedente alla gara ma utile per partecipare alla stessa, nonché la definizione di termini congrui per la presentazione dell'offerta, ritenuti tali solo nel caso in cui garantiscano un arco temporale utile per presentare un'offerta adeguata in condizioni di parità.

³³⁴ La disposizione va letta in armonia con l'art. 57 par 4 lettera f) che consente all'Amministrazione (od obbliga l'Amministrazione ad escludere, se lo Stato membro lo prevede) di escludere l'operatore dalla procedura d'appalto se vi è stata una distorsione della concorrenza derivante dal coinvolgimento nelle procedure di cui all'art. 41 che non può essere risolta con altre misure meno intrusive e con l'art.57 comma 6 che consente agli operatori di dimostrare la propria affidabilità nonostante l'esistenza di un pertinente motivo d'esclusione (*self-cleaning*).

³³⁵ In quest'ottica l'art. 25 della legge 30 ottobre 2014, n. 161 recante "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2013-bis" ha modificato l'art.90 del D.lgs. 163/2006. In pratica viene modificato il comma 8 in maniera tale da consentire ai progettisti di un'opera pubblica la partecipazione agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi; l'originario divieto viene traslato dalla partecipazione all'affidamento ma con l'inserimento del comma 8-bis viene precisato che il divieto relativo all'affidamento non si applica laddove i soggetti dimostrino che l'esperienza acquisita nell'espletamento degli incarichi di progettazione non sia tale da determinare un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori.

Sul fronte del *favor* per l'innovazione, oggetto tra l'altro di specifica definizione all'art. 2, (22) (“innovazione”) della direttiva 24³³⁶, cosa che mancava nella proposta di direttiva segno della crescita di consapevolezza anche a livello comunitario del livello di importanza di questo tema per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione, si segnalano due istituti. Il primo è il dialogo competitivo, ora previsto dall'art. 30 della nuova direttiva, per il quale valgono le considerazioni già svolte in precedenza, essendone sostanzialmente confermata la struttura già prevista dalla direttiva 18³³⁷.

Il secondo è il partenariato per l'innovazione che invece è un'assoluta novità. Già previsto dalla proposta di direttiva all'art. 29, in risposta al quesito n. 93 del Libro verde (*“Ritenete che altre procedure potrebbero soddisfare meglio il requisito del sostegno all'innovazione tutelando soluzioni originali? In caso affermativo, quale tipo di procedure sarebbe più adeguato?”*), questo nuovo istituto viene ora strutturato in modo più organico e articolato e trova la sua regolamentazione nell'art. 31 della direttiva 2014/24/UE. È la forma più innovativa, attraverso la quale la pubblica amministrazione è chiamata ad esprimere le sue potenzialità, dando attuazione ad uno dei principi cardine della Strategia Europa 2020 a proposito di “ricerca ed innovazione”. Il partenariato per l'innovazione è una procedura introdotta *ex novo* che consente alle amministrazioni di sviluppare “in prima persona” prodotti innovativi non acquisibili sul mercato. Innanzitutto questo istituto si distingue dagli appalti pre-commerciali per servizi di R&S analizzati poco sopra e esclusi dalla direttiva, la cui finalità essenziale è sviluppare servizi di ricerca e sviluppo con condivisione dei rischi (la ricerca può essere costosa e dall'esito incerto). Gli appalti pre-commerciali comprendono infatti attività che vanno dalla

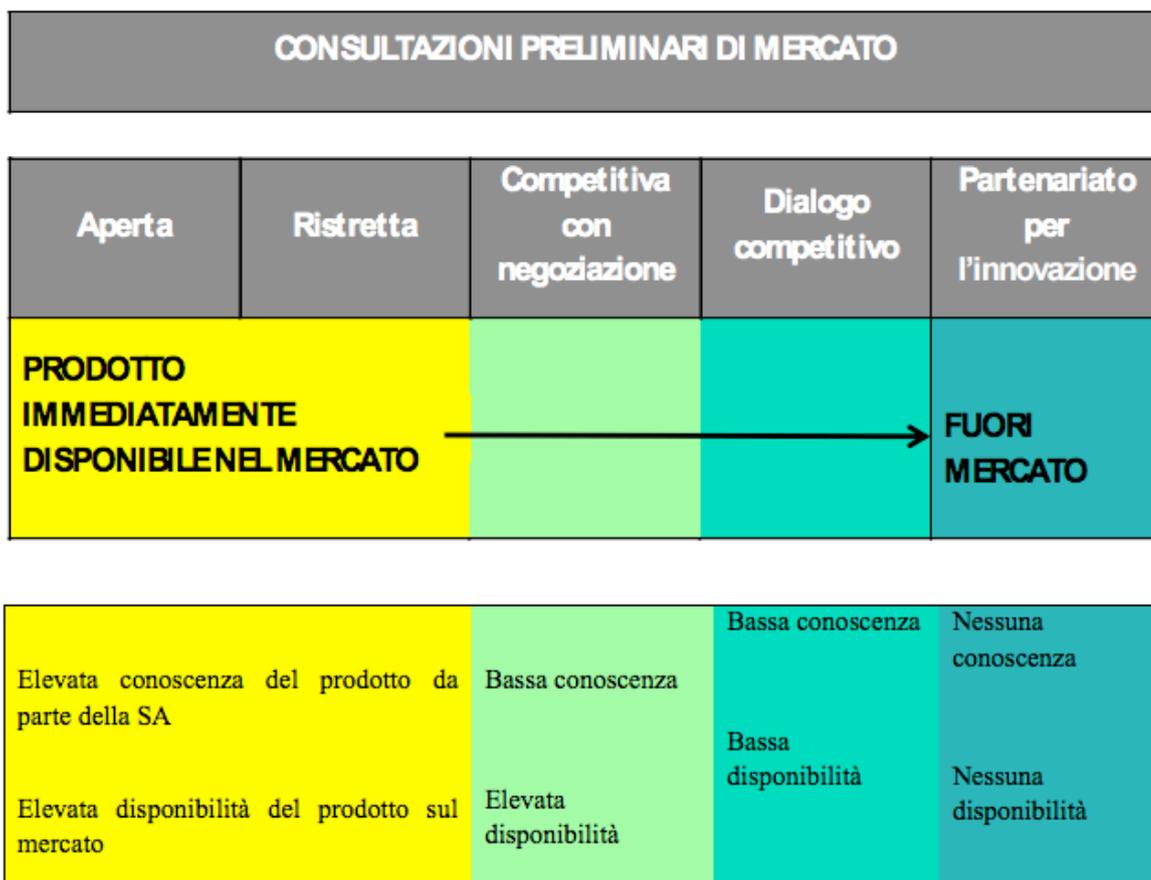
³³⁶ Art. 2, (22) della direttiva 2014/24/UE: “«innovazione»: l'attuazione di un prodotto, servizio o processo nuovo o significativamente migliorato, tra cui, ma non solo, i processi di produzione, di edificazione o di costruzione, un nuovo metodo di commercializzazione o organizzativo nelle prassi commerciali, nell'organizzazione del posto di lavoro o nelle relazioni esterne, tra l'altro allo scopo di contribuire ad affrontare le sfide per la società o a sostenere la strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva”.

³³⁷ La principale novità introdotta dalla nuova direttiva 24 alla disciplina del dialogo competitivo riguarda l'ampliamento dei presupposti di utilizzazione di questo tipo di procedura. Infatti, nella nuova direttiva non si prevede più esplicitamente il ricorso al dialogo competitivo solo nel caso di appalti particolarmente complessi, com'era nella direttiva 18. La nuova formulazione di questo articolo apre la possibilità di fare ricorso al dialogo competitivo in maniera più generalizzata avendo riguardo alla finalità del dialogo ovvero l'individuazione e la definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le necessità delle amministrazioni aggiudicatrici.

ricerca teorica ed applicata, alla predisposizione di soluzioni operative sino alla realizzazione di prototipi. Pertanto non comprendono attività di sviluppo commerciale e i risultati innovativi eventualmente raggiunti possono essere utilizzati dalla generalità dei soggetti: è esclusa una riserva in via esclusiva nei confronti dell'amministrazione. Il partenariato per l'innovazione invece, anche se similmente agli appalti pre-commerciali si struttura in più fasi, è una specifica procedura d'appalto e risponde ad un'esigenza d'innovazione più circoscritta (negli appalti pre-commerciali l'Amministrazione stimola un'attività di ricerca e sviluppo che dovrebbe auspicabilmente portare ad esiti sostenibili sul mercato mentre nel partenariato per l'innovazione si prevede fin dall'inizio la concreta realizzazione del prodotto), che comprende sia lo sviluppo di prodotti, servizi o lavori innovativi che il loro successivo acquisto, a condizione che tali beni, servizi e lavori possano essere realizzati nel rispetto dei livelli di prestazione e dei costi già concordati, senza necessità di bandire una separata gara. L'amministrazione può decidere di instaurare un partenariato con un solo partner o con più operatori che condurranno separatamente le proprie attività di ricerca e sviluppo.

Uno schema può essere di aiuto per rappresentare il quadro delle procedure di aggiudicazione alla luce delle novità in termini di flessibilità e di innovazione, tenendo presente come aiuto interpretativo ai fini di questa trattazione, l'affermazione che vuole l'*habitat* naturale degli strumenti di GPP maggiormente verso il verde dello spettro³³⁸.

³³⁸ Lo schema è tratto dal già citato lavoro dell'Istituto ITACA, Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, *Documento di analisi della direttiva 2014/24/UE in materia di appalti pubblici*, p. 38, Roma, 19 febbraio 2015.



Si ribadisce ancora una volta che questo breve *excursus* delle principali novità introdotte dalla direttiva sotto il profilo della flessibilità delle procedure e dell'innovazione³³⁹, è strettamente legato con il tema principale di questa analisi³⁴⁰. Secondo le linee di ragionamento già esplicitate, l'asse appalti verdi-flessibilità-innovazione è infatti centrale per contribuire all'eco-innovazione e allo sviluppo di tecnologie *green* sempre più efficienti.

Sul piano generale, come si è visto l'approccio comunitario è di forte *favor* per la cooperazione tra domanda ed offerta, rifiutando aprioristiche e rigide preclusioni formali, nell'ambito di un clima di forte fiducia nei confronti dell'operato delle

³³⁹ Sul piano dell'attuazione e del monitoraggio dell'applicazione della direttiva 24 si segnala l'art. 85 della stessa.

³⁴⁰ Solo per fare un esempio si veda anche il considerando (48) della direttiva 24 che si occupa di varianti. Abbiamo già visto come lo strumento delle varianti potesse essere utilizzato se configurate come "varianti verdi". Il considerando in parola afferma che "In considerazione dell'importanza dell'innovazione, occorre incoraggiare le amministrazioni aggiudicatrici a consentire varianti quanto più spesso possibile. Occorre pertanto attirare l'attenzione di tali autorità sulla necessità di definire i requisiti minimi che le varianti devono soddisfare prima di indicare che possono essere presentate varianti".

stazioni appaltanti. Un atteggiamento fortemente differente da quello adottato finora a livello nazionale in Italia per i motivi in precedenza ricordati.

b) Le disposizioni sugli appalti verdi

Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni recano importanti novità e notevoli modifiche rispetto alla disciplina attualmente vigente tra cui, come abbiamo già sottolineato in più punti, l'osservanza delle disposizioni in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro³⁴¹ che si configurano come diramazioni e applicazioni di una *ratio fundamentalis* sottesa alle nuove direttive³⁴².

- La clausola orizzontale dell'art. 18, par. 2 della direttiva 24

Questo aspetto è un forte cambiamento innanzitutto per ciò che attiene, partendo in questo caso dalla “coda”, alla fase dell'esecuzione dell'appalto. La vecchia direttiva 18 non conteneva praticamente nessuna disposizione su questa fase, né tantomeno sul rispetto di regole in materia socio-ambientale. Tutto era relegato nei considerando (34)³⁴³ e (43)³⁴⁴.

³⁴¹ C. RANGONE, *Analogie e differenze tra vecchia e nuova disciplina dei settori classici*, Conferenza “2014: l'anno delle Direttive”, organizzata dall'Istituto Grandi Infrastrutture (IGI), tenutasi a Roma il 27 gennaio 2014.

³⁴² V. CAPUZZA, *I requisiti di ordine generale nelle nuove Direttive europee sui contratti pubblici*, Conferenza “Contratti pubblici: inizia il viaggio all'interno delle direttive” organizzata dall'Istituto Grandi Infrastrutture (IGI), tenutasi a Roma il 6 maggio 2014, pp. 5 e 9.

³⁴³ Considerando (34) dir. 18: “Durante l'esecuzione di un appalto pubblico si applicano le leggi, le regolamentazioni e i contratti collettivi, sia nazionali che comunitari, in vigore in materia di condizioni di lavoro e sicurezza sul lavoro, purché tali norme, nonché la loro applicazione, siano conformi al diritto comunitario. Nelle situazioni transfrontaliere, in cui lavoratori di uno Stato membro forniscono servizi in un altro Stato membro per la realizzazione di un appalto pubblico, la direttiva 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1996, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, stabilisce le condizioni minime che devono essere rispettate nel paese ospitante nei confronti di detti lavoratori distaccati. Se il diritto nazionale contiene disposizioni in tal senso, il mancato rispetto di questi obblighi può essere considerato una colpa grave o un reato che incide sulla moralità professionale dell'operatore economico e può comportare l'esclusione di quest'ultimo dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico”.

³⁴⁴ Considerando (43) dir. 18: “...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. Il mancato rispetto delle disposizioni nazionali che attuano le direttive 2000/78/CE e 76/207/CEE in materia di parità di trattamento dei lavoratori, 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”.

Peraltro con riguardo a questi considerando, si può constatare che solo per quanto riguarda la materia delle condizioni e della sicurezza del lavoro essi prevedevano un riconoscimento esplicito, mentre la tutela dell'interesse ambientale era demandato a eventuali disposizioni nazionali in tal senso, come abbiamo visto nel secondo capitolo del presente lavoro. La direttiva 24 introduce delle novità importanti. Innanzitutto il considerando (37) afferma che *“In vista di un’adeguata integrazione dei requisiti in materia ambientale, sociale e di lavoro nelle procedure di appalto pubblico, è particolarmente importante che gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici adottino misure pertinenti per garantire il rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro che si applicano nel luogo in cui i lavori sono eseguiti o i servizi forniti...”*. In linea di continuità con il considerando, l’articolato della direttiva, nel capo “Disposizioni generali”, all’art. 18 (Principi per l’aggiudicazione degli appalti), par. 2, prevede che *“Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell’esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell’Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell’allegato X”*. Siamo partiti dall’esecuzione perché in effetti, letteralmente, la disposizione appena richiamata si riferisce a questa fase, ma in realtà anche alla luce della formulazione utilizzata e della posizione dell’articolo tra le disposizioni generali della direttiva, il rispetto degli obblighi ambientali e sociali sembra assumere il ruolo di principio generale che impone agli Stati membri una vera e propria “obbligazione di mezzi”³⁴⁵, caricandoli di una grande responsabilità. In particolare, proprio perché principio generale e trasversale all’aggiudicazione degli appalti pubblici, gli Stati potranno introdurre disposizioni *ad hoc* lungo tutto il corso della procedura. Inoltre la disposizione in analisi sembra conferire un grande margine di apprezzamento per

o come una colpa grave”. Di conseguenza la stazione appaltante poteva escludere l’operatore economico sulla base dell’art. 45.

³⁴⁵ N. SPIEGEL, M. URBANI *La “modernisation” des règles européennes sur les marchés publics: la nouvelle directive 2014/24/UE*, p. 759, in *Revue du Droit de l’Union Européenne*, 4-2014, Editions Clément Juglar

l'introduzione da parte degli ordinamenti nazionali di tutte le misure ritenute appropriate al fine di far rispettare gli obblighi qui menzionati.

Per quel che riguarda propriamente la fase dell'esecuzione, facciamo riferimento all'art. 70 della direttiva 24 rubricato appunto "Condizioni di esecuzione dell'appalto". Finalità delle condizioni di esecuzione di un appalto, come previsto al considerando (104) della direttiva 24, è quella di stabilire requisiti specifici per quanto riguarda l'esecuzione dell'appalto. Tali condizioni, a differenza dei criteri di aggiudicazione dell'appalto che costituiscono la base di una valutazione comparativa della qualità delle offerte, sono requisiti oggettivi prestabiliti che non incidono sulla valutazione delle offerte. Confrontando i testi delle direttive 24 e 18 si evidenziano due differenze: la prima attiene alla possibilità, per le amministrazioni aggiudicatrici, di esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto. Nel testo della direttiva 18 tale possibilità era consentita "*...purché [le condizioni] siano compatibili con il diritto comunitario*"; nel testo della direttiva 24 la possibilità è consentita "*...purché [le condizioni siano] collegate all'oggetto dell'appalto ai sensi dell'articolo 67, paragrafo 3*", vale a dire, come specifica il citato considerando, che non solo le condizioni di esecuzione di un appalto dovrebbero essere compatibili con il diritto comunitario, ma devono anche essere collegate all'oggetto dell'appalto, che comprende tutti i fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, fornitura o commercializzazione³⁴⁶. Ciò include le condizioni sul processo di esecuzione dell'appalto, ma esclude i requisiti riguardanti la politica aziendale generale. Come già previsto dalla direttiva 18, anche nella 24 le condizioni di esecuzione di un appalto dovrebbero essere indicate nel bando di gara, nell'avviso di pre-informazione utilizzato come mezzo per indire la gara o nei documenti di gara.

La seconda differenza riguarda la "natura" delle condizioni che le amministrazioni possono esigere nell'esecuzione del contratto: mentre la direttiva 18 richiamava esclusivamente "*considerazioni... che possono basarsi su considerazioni sociali e ambientali*", la direttiva 24 parla di "*condizioni che possono comprendere considerazioni economiche, legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o*

³⁴⁶ Sul punto si rimanda *infra* quando si parlerà dei criteri di aggiudicazione e del loro collegamento con l'oggetto del contratto, valendo le stesse valutazioni.

relative all'occupazione” con una formula che pare denotare maggiore sensibilità all'attuale momento socio-economico, inteso in senso ampio³⁴⁷.

In ogni caso la direttiva prevede già alcune disposizioni specifiche di applicazione del principio dell'art. 18 par. 2 che abbiamo esaminato, e con più precisione: 1) l'art. 57, par. 4 lett. a) per quanto riguarda l'esclusione dalla gara, 2) l'art. 56, par. 1 per quanto riguarda la selezione dei partecipanti, 3) l'art. 69 sull'offerta anormalmente bassa, 4) l'art. 71 per ciò che attiene al subappalto e infine 5) l'art. 73 sulla risoluzione del contratto in fase di esecuzione.

1) Non è questa la sede per un approfondimento organico sui motivi di esclusione e la relativa disciplina. Ci occuperemo qui solo dell'esclusione legata all'art. 18 par. 2 della direttiva 24. Tra i motivi di esclusione facoltativi, l'articolo 57 par. 4 introduce un motivo che la direttiva 18 non prevedeva, o prevedeva solo parzialmente ai considerando (34) e (43) poc'anzi richiamati. La nuova norma così dispone: *“Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni: a) ove l'amministrazione aggiudicatrice possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la violazione degli obblighi applicabili di cui all'art. 18, paragrafo 2...”*. La differenza tra questa disposizione e le precedenti è evidente. In materia ambientale infatti non è più richiesta una sentenza definitiva che incida sulla moralità professionale dell'operatore, con tutti i problemi anche interpretativi richiamati nel secondo capitolo di questa trattazione; inoltre l'art. 57, par. 4, consente esplicitamente agli Stati membri di trasformare il motivo di esclusione in questione da facoltativo a obbligatorio, al contrario delle disposizioni della direttiva 18 che prevedevano solo la facoltà di esclusione per i motivi richiamati³⁴⁸.

³⁴⁷ Il legislatore del Codice dei contratti si è occupato delle condizioni di esecuzione dell'appalto all'art. 69, prevedendo la possibilità per le stazioni appaltanti di 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. In linea con la direttiva 18, l'art. 69 richiama, quanto alla natura delle condizioni, esigenze sociali o ambientali.

³⁴⁸ Istituto ITACA, Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, *Documento di analisi della direttiva 2014/24/UE in materia di appalti pubblici*, p. 89, Roma, 19 febbraio 2015: “Le cause di esclusione ascrivibili alla lettera a) che si riferiscono al rispetto degli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro, dovranno

2) Il motivo di esclusione appena analizzato si riferisce evidentemente alla violazione di obblighi durante l'esecuzione di contratti precedenti, che sono in seguito valutati dall'amministrazione durante la procedura di aggiudicazione di un appalto successivo. L'art. 56, par. 1, ultima parte, invece, si riferisce direttamente alla procedura in corso, prevedendo tra i parametri di selezione dei partecipanti che *“L'amministrazione aggiudicatrice può decidere di non aggiudicare un appalto all'offerente che presenta l'offerta economicamente più vantaggiosa, se ha accertato che l'offerta non soddisfa gli obblighi applicabili di cui all'articolo 18, paragrafo 2”*. Tale “causa di esclusione” opera quindi consentendo all'amministrazione aggiudicatrice di non aggiudicare l'appalto al concorrente che abbia presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, qualora accerti che l'offerta stessa non soddisfa gli obblighi di cui all'art. 18 par. 2 della direttiva. Questa valutazione si pone quindi in un momento successivo all'esame delle offerte, così come la previsione dell'art. 69 che stiamo per analizzare.

3) L'art. 69 è molto importante perché, nel contesto del tema di cui ci stiamo occupando, sembra introdurre un “obbligo verde” già a livello di direttiva. Il secondo paragrafo dell'articolo in questione, alla lettera d) prevede tra le circostanze a cui possono riferirsi le spiegazioni che l'amministrazione richiede all'operatore economico ai sensi del primo paragrafo con riguardo al sospetto di anomalia dell'offerta, *“il rispetto degli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2”*. Nel paragrafo 3 leggiamo infatti che *“L'amministrazione aggiudicatrice respinge l'offerta se ha accertato che l'offerta è anormalmente bassa in quanto non rispetta gli obblighi applicabili di cui all'articolo 18, paragrafo 2”*. È molto importante come detto notare che la direttiva si esprime in termini (“respinge”) che paiono

essere attentamente valutate in sede di recepimento, poiché potrebbero avere un impatto rilevante sull'ordinamento, ne è un esempio, il riferimento della norma ai contratti collettivi nazionali (ogni possibile contratto collettivo o solo quelli edili (vedi a tal proposito il bando-tipo per lavori d'importo superiore a € 150.000 euro), la cui disapplicazione assurgerebbe a causa di esclusione (disposizione da valutare, soprattutto in relazione ai servizi, alla luce della recente sentenza della Corte di Giustizia Europea del 18 settembre 2014 causa C-549/13 che stabilisce che esigere il pagamento di un salario minimo da parte di un'Impresa che svolge la sua attività in un altro Stato, che non ha alcun rapporto con il costo della vita dello Stato membro, è incompatibile con la libera prestazione di servizi). Ove il legislatore nazionale propendesse per il recepimento delle stesse, si ravvisa la necessità di renderle sufficientemente circostanziate sia al fine di ridurre possibili motivi di contenzioso sia al fine di evitare una duplicazione di previsioni. Alcune fattispecie potrebbero già configurarsi come reato ed essere già ascrivibili alla lettera c) dell'art.38 (per es. reati in materia ambientale) o configurarsi tra le ipotesi di cui alla lettera f) dell'art. 38 (quando il danno ambientale potrebbe essere ascrivibile ad errore professionale o negligenza/malafede) od l) nel caso di violazione dei diritti delle persone con disabilità”.

configurare un obbligo direttamente in capo alle stazioni appaltanti, senza bisogno dell'interpretazione mediatrice del legislatore del recepimento.

Sul piano del recepimento si può pensare che debbano essere ben precisate le differenze tra le tre ipotesi appena viste ai punti 1), 2) e 3), sia per quanto riguarda i relativi presupposti di applicazione, sia per quanto riguarda la configurazione dell'esclusione in chiave di obbligo o facoltà, onde evitare confusione applicativa.

4) In materia di subappalto, all'art. 71 della direttiva sono state introdotte numerose disposizioni al fine di garantire il rispetto delle obbligazioni legate all'appalto principale in cui il subappalto si innesta³⁴⁹. Ai nostri fini sottolineiamo l'introduzione di un principio generale specificamente concepito per il subappalto ma che non esclude l'applicazione della disposizione di principio dell'art. 18. Il paragrafo 1 dell'art. 71 prescrive che *“L'osservanza degli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2, da parte dei subappaltatori è garantita mediante azioni adeguate delle autorità nazionali competenti che agiscono nell'ambito delle rispettive responsabilità e competenze”*. A differenza dell'art. 18, la disposizione in analisi non si indirizza direttamente agli Stati membri ma alle autorità nazionali competenti che controllano il settore degli appalti pubblici (da noi ora l'ANAC) che sono quindi incaricate di far rispettare le disposizioni in materia di subappalto. Gli Stati membri sono comunque tenuti a fornire alle autorità competenti gli strumenti appropriati per intervenire e su questo punto sembra che ci sia un largo margine di manovra così da adattare ai singoli contesti-paese le disposizioni della direttiva, in modo efficace e proporzionato.

Anche il paragrafo 6 dell'art. 71 prevede disposizioni che riguardano il rispetto della disposizione dell'art. 18, par. 2³⁵⁰. L'amministrazione aggiudicatrice ha infatti

³⁴⁹ Si veda anche il considerando (105) della direttiva 2014/24/UE.

³⁵⁰ Art. 71, par. 6 dir. 2014/24/UE: “Al fine di evitare violazioni degli obblighi di cui all'articolo 18, paragrafo 2, possono essere adottate misure adeguate quali le seguenti: a) se la legislazione nazionale di uno Stato membro prevede un meccanismo di responsabilità solidale tra subappaltatori e contraente principale, lo Stato membro interessato provvede a che le norme pertinenti siano applicate in conformità delle condizioni stabilite all'articolo 18, paragrafo 2; b) le amministrazioni aggiudicatrici possono, conformemente agli articoli 59, 60 e 61, verificare o essere obbligate dagli Stati membri a verificare se sussistono motivi di esclusione dei subappaltatori a norma dell'articolo 57. In tali casi le amministrazioni aggiudicatrici impongono all'operatore economico di sostituire i subappaltatori in merito ai quali la verifica ha dimostrato che sussistono motivi obbligatori di esclusione. Le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre o essere

il potere facoltativo di escludere i subappaltatori che non rispettino gli obblighi previsti dall'art. 18 par. 2, con la previsione che spetti agli Stati membri la decisione di rendere o meno questa esclusione obbligatoria.

5) Infine, l'art. 73 a proposito della risoluzione di contratti già aggiudicati, stabilisce che gli Stati assicurano alle amministrazioni aggiudicatrici la possibilità di risolvere il contratto aggiudicato "*almeno nelle seguenti circostanze*" elencando una serie di violazioni di obblighi in cui non vengono direttamente ricompresi quelli dell'art. 18 par. 2, ma si ritiene che su questo punto si possa (forse) intervenire, estendendo la previsione della direttiva, in sede di recepimento nazionale.

- Specifiche tecniche

Abbiamo visto a suo tempo come la direttiva 18 già consentisse alle amministrazioni aggiudicatrici la possibilità di tenere conto delle esigenze legate alle considerazioni ambientali e sociali nelle varie fasi della procedura di aggiudicazione. Abbiamo analizzato le principali comunicazioni della Commissione e l'evoluzione del dibattito comunitario in materia, spiegando come questo sia intrecciato con lo sviluppo della strategia Europa 2020 e come e quali fossero i punti più rilevanti di possibile innovazione del *green public procurement* con il Libro verde di cui ci siamo diffusamente occupati. La direttiva 18 prevedeva l'integrazione di valutazioni ambientali nelle procedure di acquisto pubblico senza imporre prescrizioni vincolanti sul "che cosa acquistare" ma lasciando alle stazioni appaltanti un margine di manovra per includere siffatte valutazioni nelle proprie gare. A questo proposito il Libro verde citato offriva due alternative: continuare sulla strada tracciata dalla precedente direttiva, ampliando ulteriormente il margine di apprezzamento delle stazioni appaltanti sul "come acquistare"; ovvero spingersi ancora oltre imponendo l'acquisto di lavori, servizi e forniture con caratteristiche ambientali specificamente previste in termini di obbligo ("che cosa acquistare"). Per quanto riguarda la prima alternativa sappiamo che uno dei punti principali di discussione era rappresentato dall'ipotesi di allentare o eliminare del tutto il

obbligate da uno Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca i subappaltatori in relazione ai quali la verifica ha dimostrato che sussistono motivi non obbligatori di esclusione".

collegamento tra le prescrizioni verdi (sotto forma sia di specifiche tecniche, che di criteri di aggiudicazione che di condizioni di esecuzione) e l'oggetto del contratto da aggiudicare. La Commissione passava in rassegna nel Libro verde i *pro* e i *contro* di questa eventualità e per i dettagli si rimanda al paragrafo 2 di questo capitolo. Vi è da aggiungere che gli “*stakeholders*” consultati, sul punto si erano espressi favorevolmente all'allentamento del legame ma contrari a una sua totale eliminazione³⁵¹, mentre sulla seconda alternativa, quella di imporre obblighi di acquisto, era prevalso lo scetticismo. Anche a questo proposito abbiamo già analizzato i *pro* e i *contro* esposti dalla Commissione e anche a questo proposito si rinvia al paragrafo 2 del presente capitolo.

La direttiva 2014/24/UE non ha introdotto prescrizioni obbligatorie sul “che cosa acquistare”. Il considerando (95) a questo proposito spiega che: “*Tenuto conto delle sensibili differenze tra i singoli settori e mercati, non sarebbe tuttavia opportuno fissare requisiti obbligatori generali per gli appalti in materia ambientale, sociale e di innovazione. Il legislatore dell'Unione ha già fissato requisiti obbligatori in materia di appalti volti ad ottenere obiettivi specifici nei settori dei veicoli per il trasporto su strada (direttiva 2009/33/CE del Parlamento europeo e del Consiglio³⁵² e delle apparecchiature da ufficio (regolamento (CE) n. 106/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio)³⁵³... Pertanto, appare opportuno proseguire su questa strada, lasciando che sia la normativa settoriale specifica a fissare obiettivi e prospettive vincolanti in funzione delle particolari politiche e condizioni vigenti nel settore pertinente...*”. Hanno prevalso in questo caso le preoccupazioni che un approccio basato su obblighi generali a livello di direttiva aveva suscitato, come il rischio di una limitazione della concorrenza, la riduzione del margine di apprezzamento delle stazioni appaltanti, un aumento del carico amministrativo per i poteri pubblici e per i privati operatori, facendo evidentemente maggiore presa sulle

³⁵¹ Sintesi delle risposte al Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti, Direzione generale per il mercato interno e i servizi, Commissione UE.

³⁵² Direttiva 2009/33/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, relativa alla promozione di veicoli puliti e a basso consumo energetico nel trasporto su strada (G.U. L. 120 del 15.5.2009, pag. 5).

³⁵³ Regolamento (CE) n. 106/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 gennaio 2008, concernente un programma comunitario di etichettatura relativa ad un uso efficiente dell'energia per le apparecchiature per ufficio (G.U. L. 39 del 13.2.2008, pag. 1).

parti interessate rispetto a una più energica tutela dell'ambiente attraverso la contrattualistica pubblica³⁵⁴.

Questo non esclude ovviamente che la normativa settoriale specifica sia comunitaria, come è già per alcuni settori richiamati, sia statale di recepimento, possa andare oltre. A livello nazionale ad esempio, avuto sempre riguardo al rispetto dei principi comunitari che regolano il mercato unico, si ricorda quanto detto nel secondo capitolo a proposito dei criteri ambientali minimi e della possibilità, per ora solo “sulla carta” nelle previsioni del collegato ambientale alla legge di stabilità per il 2014, della loro configurazione in termini di obbligo.

La nuova direttiva ha invece dato più spazio alla prima alternativa, quella riferita al “come acquistare” e ha quindi previsto regole che permettono ai poteri pubblici una maggiore flessibilità nel tenere conto di parametri ambientali e sociali nelle proprie procedure di aggiudicazione, rimettendo quindi alle scelte delle stazioni appaltanti il compito di perseguire l'uso strategico degli appalti per questi fini. Lo strumento principale utilizzato in tal senso è proprio l'assottigliamento del legame tra specifiche tecniche/criteri di aggiudicazione e oggetto del contratto. A questo riguardo è importante sottolineare che la direttiva si è spinta oltre rispetto alla Proposta del 2011, la quale per contro si era dimostrata molto conservatrice al riguardo³⁵⁵.

La Commissione e la Corte di giustizia hanno sempre interpretato le disposizioni della direttiva 2004/18/CE sulle specifiche tecniche, stabilendo uno stretto legame tra queste e l'oggetto dell'appalto. Anche recentemente la Corte ha stabilito che la definizione di specifiche tecniche “è collegata esclusivamente alle caratteristiche dei prodotti stessi, alla loro fabbricazione, al loro confezionamento o al loro utilizzo...”³⁵⁶. E nel Libro verde la Commissione spiegava che “...i requisiti relativi a processo e metodi di produzione devono riguardare la fabbricazione del prodotto

³⁵⁴ Si veda anche T. KOTSONIS, *Green paper on the modernisation of EU public procurement policy*, PPLR, n.3/2011, p. NA51.

³⁵⁵ G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2012, V, p. 866 e ss.: “I temi e gli obiettivi proposti dal libro verde non sono stati tutti recepiti dalla proposta di direttiva sugli appalti pubblici [...] Ciò dimostra, ancora una volta, come lungo e sofferto, sia il recepimento di considerazioni ambientali negli appalti pubblici, che si scontra con considerazioni di stampo strettamente economico, legate al breve periodo”.

³⁵⁶ *Commissione c. Paesi Bassi*, C-368/10, punto 74, 10 maggio 2012.

*e contribuire alle sue caratteristiche, senza necessariamente essere visibili. In conformità alle norme vigenti, non è possibile richiedere un processo e metodi di produzione che non riguardino la fabbricazione del prodotto e non si riflettano nelle caratteristiche del prodotto stesso...*³⁵⁷. In sostanza i requisiti richiesti con le specifiche tecniche potevano, nel regime della direttiva 18, sia riguardare caratteristiche intrinseche dei lavori, servizi, forniture, sia consistere in esigenze che avessero una diretta influenza sulle caratteristiche materiali dei lavori, servizi o forniture stessi. Questo era il limite (stretto) in cui poter esigere ad esempio un particolare processo di produzione o una caratteristica che avesse riguardo ad un'altra fase della produzione. Quindi, il contenuto materiale dell'appalto era l'elemento centrale intorno al quale dovevano ruotare i requisiti richiesti, secondo uno stretto collegamento con l'oggetto del contratto appunto.

La nuova direttiva 24 non considera più il contenuto materiale come elemento determinante. L'art. 42, par. 1 prevede un considerevole margine di flessibilità, disponendo che le specifiche tecniche *“...possono inoltre riferirsi allo specifico processo o metodo di produzione o fornitura dei lavori, delle forniture o dei servizi richiesti, o a uno specifico processo per un'altra fase del suo ciclo di vita anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale, purché siano collegati all'oggetto dell'appalto e proporzionati al suo valore e ai suoi obiettivi”*. Non è una disposizione chiarissima ma è comunque evidente che il contenuto materiale di ciò che si acquista perde di importanza a vantaggio del ciclo di vita di ciò che compone il lavoro, la fornitura o il servizio. In sostanza la nuova disposizione ammette che le amministrazioni aggiudicatrici possano richiedere requisiti che si riferiscono sia alle caratteristiche intrinseche dell'oggetto dell'appalto e sia a una fase del ciclo di vita di ciò che lo compone, anche se la richiesta non si ripercuote sul contenuto materiale del lavoro, fornitura o servizio che sia.

La perdita di importanza del contenuto materiale è dimostrata anche dal fatto che la definizione di “ciclo di vita” all'art. 2, (20), della direttiva è molto ampia, comprendendo *“...tutte le fasi consecutive e/o interconnesse compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il*

³⁵⁷ Libro verde cit. p. 38.

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" e dunque anche alcune fasi che a prescindere dalla specifica richiesta, per forza di cose non hanno riflessi diretti sul contenuto materiale del prodotto acquistato. A proposito ad esempio della fase della "commercializzazione", ricompresa evidentemente nella nozione appena data, sotto il regime della direttiva 18 la Corte, nella sentenza già citata³⁵⁸, si era così espressa: *"...la definizione di specifiche tecniche... è collegata esclusivamente alle caratteristiche dei prodotti stessi, alla loro fabbricazione, al loro confezionamento o al loro utilizzo, e non alle condizioni in cui il fornitore le ha acquistate dal produttore. Per contro, il rispetto di tali criteri rientra nell'ambito della nozione di "condizioni di esecuzione dell'appalto" ai sensi dell'articolo 26 di tale direttiva [la 18]"*.

Nella nuova direttiva il "contenuto materiale" sembra quindi essere rimpiazzato dal "ciclo di vita": basterà, al fine di stabilire un legame tra le specifiche tecniche³⁵⁹ e l'oggetto del contratto, che la stazione appaltante richieda requisiti riferiti a una qualche fase del ciclo di vita dell'oggetto dell'appalto (in senso lato): *"il ciclo di vita dei servizi/forniture/lavori sembrerebbe diventare, in sostanza, l'oggetto dell'appalto"*³⁶⁰. Il nuovo confine delle specifiche tecniche quindi ricomprenderà certe esigenze che prima potevano essere demandate solamente alle condizioni di esecuzione, come ben evidenziato dal passaggio della sentenza della Corte di giustizia poc'anzi richiamato.

A *latere* si può anche considerare che il nuovo margine di apprezzamento per le stazioni appaltanti gioverà molto all'inclusione degli aspetti sociali che più di tutti sono raramente legati allo stretto contenuto materiale dell'oggetto del contratto.

³⁵⁸ *Commissione c. Paesi Bassi*, C-368/10, punti 74 e 75, 10 maggio 2012.

³⁵⁹ Art. 42, par. 3 dir. 24 Le specifiche tecniche sono formulate secondo una delle modalità seguenti: "in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, comprese le caratteristiche ambientali, a condizione che i parametri siano sufficientemente precisi da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e alle amministrazioni aggiudicatrici di aggiudicare l'appalto", permanendo il dualismo già descritto tra i due modi di formulare le specifiche tecniche, con preferenza dei requisiti funzionali in caso di caratteristiche ambientali. Con riguardo all'innovazione il considerando (74) dispone che I requisiti funzionali e in materia di prestazioni sono inoltre strumenti appropriati per stimolare l'innovazione nell'ambito degli appalti pubblici e dovrebbero essere applicati il più ampiamente possibile".

³⁶⁰ N. SPIEGEL, M. URBANI, *op. cit.*

Le novità non finiscono qui perché nella nuova direttiva le specifiche tecniche sono assoggettate, oltre che al legame con l'oggetto del contratto come appena definito, a due altre condizioni (volute dal Parlamento europeo³⁶¹) che non erano previste dalla direttiva 18 e che potrebbero circoscrivere il *range* di apprezzamento riconosciuto alle amministrazioni aggiudicatrici. Le specifiche tecniche dovranno essere, ancora a norma dell'art. 42 par. 1 della direttiva, "proporzionate" al valore e agli obiettivi dell'appalto. La formulazione è molto sintetica e di difficile interpretazione.

Con riguardo alla condizione della proporzionalità con il valore dell'appalto, la disposizione potrebbe significare che le specifiche tecniche richieste non comportino per gli operatori privati oneri economico/amministrativi eccessivi o comunque sproporzionati rispetto al valore dell'appalto richiesto.

Con riguardo alla condizione della proporzionalità con gli obiettivi dell'appalto, la disposizione sembra finalizzata a garantire che le specifiche tecniche richieste non vadano oltre il necessario per perseguire gli obiettivi (che quindi potrebbero essere anche quelli strategici) voluti dalla stazione appaltante. Soprattutto circa questa seconda condizione occorrerà chiarezza in sede di recepimento e nella giurisprudenza della Corte di giustizia che probabilmente potrà utilizzare queste due condizioni aggiuntive per circoscrivere il margine di manovra delle amministrazioni, anche alla luce dello "sfilacciamento" del legame delle specifiche tecniche con l'oggetto del contratto. Quel che è certo è che la possibilità di tenere conto di considerazioni ambientali e sociali con il regime della nuova direttiva aumenta non poco rispetto alle previsioni della direttiva 18.

Infine, il par. 2 dell'art. 42 conferma testualmente il par. 2 dell'art. 23 della direttiva 18: "*Le specifiche tecniche consentono pari accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione e non comportano la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza*".

³⁶¹ Emendamento n. 150 del Parlamento europeo. Queste due ulteriori condizioni non erano previste né dalla direttiva 2004/18/CE né dalla proposta di nuova direttiva della Commissione.

- Criteri di aggiudicazione

Nel Libro verde la Commissione sottolineava l'importanza dei criteri di aggiudicazione per perseguire gli obiettivi della Strategia Europa 2020, affermando in particolare che *"...l'impiego di criteri associati all'ambiente, all'efficienza energetica, all'accessibilità o all'innovazione nella fase di aggiudicazione piuttosto che soltanto nelle specifiche tecniche o come condizioni di esecuzione dell'appalto può avere il vantaggio di spingere le aziende a presentare offerte che vanno al di là dei livelli fissati nelle specifiche tecniche e quindi promuovere l'introduzione di prodotti innovativi sul mercato..."*³⁶².

Abbiamo già percorso nel primo capitolo l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia sull'ammissione di criteri non economici nel calcolo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, così come abbiamo visto nel secondo capitolo come questa giurisprudenza sia stata poi codificata con la direttiva 2004/18/CE, permettendo di prendere in considerazione le esigenze ambientali e sociali nell'ambito di una procedura di aggiudicazione, negli stessi limiti enucleati dalla Corte³⁶³. I criteri devono quindi essere connessi all'oggetto dell'appalto, non possono conferire un'illimitata libertà di scelta all'amministrazione aggiudicatrice e devono essere esplicitamente menzionati nel bando di gara. Con riguardo alla questione del collegamento con l'oggetto dell'appalto la direttiva 18 aveva previsto una regolamentazione rigorosa. Il considerando (46) precisava che *"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"*. Quindi considerando che le specifiche tecniche dovevano riferirsi al contenuto materiale dell'appalto, anche i criteri d'attribuzione dovevano a loro volta consentire di valutare un aspetto materiale legato all'oggetto dell'acquisto pubblico. Questo restringeva molto il campo della considerazione di aspetti ambientali da inserire tra i criteri di aggiudicazione, anche se l'art. 53 par. 1 lett. a) della direttiva 18 menzionava le

³⁶² Libro verde cit. p. 40.

³⁶³ Vedi art. 53, par. 1, a), e considerando (1) e (46) della direttiva 18.

caratteristiche ambientali tra i criteri qualitativi possibili, secondo un elenco non esaustivo. La Corte di giustizia ha recentemente chiarito cosa si dovesse intendere per legame tra criteri di aggiudicazione e oggetto dell'appalto ai sensi della direttiva 18, dandone un'interpretazione più flessibile. Ella ha infatti stabilito nella già citata sentenza *Commissione c. Paesi Bassi* del 10 maggio 2012 (C-368/10) che “...non è richiesto che un criterio di aggiudicazione riguardi una caratteristica intrinseca di un prodotto, vale a dire un elemento che si incorpori materialmente in quest'ultimo... Nulla osta, pertanto, in via di principio, a che un siffatto criterio imponga che un prodotto derivi dal commercio equo e solidale” ma, in ogni caso, ha sottolineato la Corte che il criterio di aggiudicazione deve riguardare esclusivamente i lavori, servizi o forniture da prestare nell'ambito dell'appalto “...senza alcuna incidenza sulla politica generale di acquisto degli offerenti”³⁶⁴.

Nel segno della sentenza citata, prima la proposta di direttiva e poi la direttiva hanno seguito l'impostazione data dalla Corte. L'art. 67 della direttiva 24, al paragrafo 3 prevede che “I criteri di aggiudicazione sono considerati connessi all'oggetto dell'appalto pubblico ove riguardino lavori, forniture o servizi da fornire nell'ambito di tale appalto sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del loro ciclo di vita, compresi fattori coinvolti: a) nel processo specifico di produzione, fornitura o scambio di questi lavori, forniture o servizi; o b) in un processo specifico per una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale”. La formula utilizzata è *mutatis mutandis* la stessa dell'art. 42 con riguardo alle specifiche tecniche, aspetto non sorprendente tenuto conto della relazione (esistente nella nuova come nella vecchia direttiva) tra specifiche tecniche e criteri di aggiudicazione per il tramite dell'oggetto del contratto. Ciò che era scritto al considerando (46) della direttiva 18 è ora affermato al considerando (92): “Tali criteri dovrebbero pertanto permettere una valutazione comparativa del livello di prestazione che ciascuna offerta presenta rispetto all'oggetto dell'appalto quale definito nelle specifiche tecniche...”. Quindi se con riferimento alle specifiche tecniche, come abbiamo visto, sembra ora sufficiente che esse facciano riferimento al ciclo di vita dei prodotti coinvolti nel contratto

³⁶⁴ Sentenza cit. punti 90 e 91.

pubblico, allo stesso modo, i criteri di aggiudicazione sono da considerare legati all'oggetto dell'appalto se riguardano un qualsiasi aspetto del ciclo di vita degli stessi prodotti acquistati: il ciclo di vita si conferma il "nuovo" oggetto dell'appalto³⁶⁵. Tutto ciò dimostra una grande elasticità del nuovo legame con l'oggetto dell'appalto, anche in riferimento all'ampia definizione di ciclo di vita contenuta all'art. 2 della direttiva 24 già richiamata. Le ragioni e le implicazioni di questa apertura sono spiegate al considerando (97): *"...al fine di una migliore integrazione di considerazioni sociali ed ambientali nelle procedure di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la facoltà di ricorrere a criteri di aggiudicazione... riguardanti lavori, forniture o servizi oggetto dell'appalto pubblico sotto ogni aspetto e in qualsiasi fase dei loro cicli di vita, dall'estrazione delle materie prime per il prodotto alla fase di smaltimento dello stesso, compresi fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, prestazione o commercio e relative condizioni, di questi lavori, forniture o servizi o in un processo specifico nel corso di una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale"*. La ratio è quindi nell'allargamento della nozione di "qualità dell'offerta" coinvolta nella determinazione del miglior rapporto qualità/prezzo, includendo ora in modo più ampio, come stiamo vedendo, criteri qualitativi ambientali e sociali, da sfruttare per l'uso strategico degli appalti, *in primis* da parte degli Stati in sede di recepimento (dove potrebbero essere introdotte prescrizioni obbligatorie) e subito dopo da parte delle amministrazioni aggiudicatrici nella loro quotidiana attività di acquisto pubblico.

Sul piano più generale è interessante osservare che l'art. 67 della direttiva 24, al paragrafo 1 rimpiazza la dicotomia dei criteri di attribuzione previsti dalla vecchia direttiva con il solo criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'unico ora utilizzabile dalle amministrazioni aggiudicatrici per l'affidamento dell'appalto³⁶⁶: *"...le amministrazioni aggiudicatrici procedono all'aggiudicazione degli appalti sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa"*. L'analisi non si ferma qui però perché con maggiore attenzione si rileva che la nuova

³⁶⁵ Ancora, N. SPIEGEL, M. URBANI, *op. cit.*

³⁶⁶ P. CONIO e L. LEONE *L'offerta più vantaggiosa sbaraglia il massimo ribasso*, in *Edilizia e Territorio*, Dossier on-line n. 2/2014, pp. 19-22.

direttiva contiene una nozione di offerta economicamente più vantaggiosa differente da quella della direttiva 18. Il nuovo art. 67 prevede che l'offerta economicamente più vantaggiosa possa essere individuata sia sulla base del prezzo (o del costo) sia sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (così come nella direttiva 18). Ne consegue che il miglior rapporto qualità/prezzo non è affatto divenuto l'unico criterio possibile per selezionare le offerte: le stazioni appaltanti potranno ancora scegliere di affidare un appalto secondo valutazioni esclusivamente economiche (prezzo o costo), non essendo la parte qualitativa dell'offerta configurata in termini di obbligatorietà³⁶⁷. Un passo più deciso su questo fronte è rimandato alle disposizioni di recepimento, come leggiamo chiaramente ancora nel paragrafo 2 dell'art. 67, in linea con il considerando (90): *“Gli Stati membri possono prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici non possano usare solo il prezzo o il costo come unico criterio di aggiudicazione o limitarne l'uso a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o a determinati tipi di appalto”*.

Le ragioni di questo apparente cambio di rotta sul senso di offerta economicamente più vantaggiosa sono da ricercare al considerando (89): *“La nozione di criteri di aggiudicazione è fondamentale per la presente direttiva. È pertanto importante che le disposizioni pertinenti siano presentate nel modo più semplice ed efficace possibile. Ciò può essere ottenuto mediante il ricorso al termine «offerta economicamente più vantaggiosa» in quanto concetto prioritario, dal momento che tutte le offerte vincenti dovrebbero essere infine scelte in base a quella che la singola amministrazione aggiudicatrice ritiene essere la migliore soluzione dal punto di vista economico tra quelle offerte. Per evitare confusione con il criterio di aggiudicazione attualmente noto come «offerta economicamente più vantaggiosa» nelle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, occorre utilizzare un termine diverso per tradurre tale concetto, il “miglior rapporto qualità/prezzo...”*. Dunque la “vecchia” offerta economicamente più vantaggiosa adesso si chiama miglior rapporto qualità/prezzo ed è una delle due possibili strade, accanto a quella di considerare il solo prezzo o costo dell'offerta, percorribili per aggiudicare un appalto nella

³⁶⁷ Considerando (90) dir. 24: *“Analogamente occorre precisare che tale valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa potrebbe essere effettuata anche soltanto sulla base del prezzo o di un approccio costo/efficacia”*.

dinamica dell'offerta economicamente più vantaggiosa, intesa come *modus procedendi* generale e assorbente tutto il resto.

L'importanza attribuita all'utilizzazione dei criteri qualitativi, tra cui gli ambientali, nell'ambito di un'aggiudicazione secondo il miglior rapporto qualità/prezzo, è evidente a maggior ragione alla luce del suggerimento, poc'anzi richiamato, di configurare in sede di recepimento questo metodo di aggiudicazione come il metodo base³⁶⁸, escludendo del tutto o relegando al ruolo di eccezione l'affidamento secondo il solo prezzo (o costo) più basso e circoscrivendolo a determinate categorie di amministrazioni o a determinati tipi di appalti³⁶⁹. Viceversa la previsione contraria non è prevista, cioè non è prevista la possibilità per gli Stati di circoscrivere a determinati appalti o a determinate amministrazioni l'uso del miglior rapporto qualità/prezzo a vantaggio del prezzo o costo più basso come criterio generale. Il recepimento di questa disposizione implica valutazioni complesse da effettuarsi in relazione all'ampia casistica dei beni oggetto di acquisto da parte delle amministrazioni che in alcuni casi non si prestano ad aggiudicazioni su parametri qualità/prezzo, e anche sulla maggiore complessità dell'aggiudicazione nel caso di valutazione di fattori di qualità e prezzo che in presenza di importi modesti rischia di appesantire l'attività delle amministrazioni ed essere disincentivante anche per la partecipazione delle imprese. L'esclusione del criterio del solo prezzo comporta poi, avuto riguardo al mercato che attualmente è orientato al prezzo più basso, un impatto sulle amministrazioni e sulle imprese che dovranno utilizzare nuove modalità di approccio per la definizione e gestione dell'aggiudicazione sulla base di parametri qualità/prezzo. Sarà quindi necessario un accompagnamento delle stesse verso il cambiamento. La preferenza accordata dalla direttiva verso la valutazione delle offerte in termini di criteri qualità/prezzo richiama infine l'importanza della fase di progettazione da parte delle amministrazioni perché è in tale fase che occorre individuare, unitamente al progettista, gli elementi da valutare per pervenire

³⁶⁸ Considerando (90) dir. 24: "...l'offerta economicamente più vantaggiosa dovrebbe essere valutata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo..."

³⁶⁹ Attualmente il nostro legislatore ha previsto all'interno del regolamento di attuazione al d.lgs. 163/2006 per alcuni settori (appalti attinenti a servizi di progettazione, pulizie e buoni pasto) l'utilizzo in via prioritaria del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non escludendo tuttavia del tutto il criterio del prezzo più basso ad esempio con la circolare Ministero delle Infrastrutture n. 4536 del 30 ottobre 2012 è stato previsto la possibilità di utilizzare solo il prezzo per gli affidamenti di servizi di progettazione di importo non superiore a 100.000 euro.

all'aggiudicazione, tradurre gli stessi nella documentazione di gara e nel contratto con l'obiettivo di definire criteri di valutazione che rispettino i requisiti che abbiamo analizzato.

Sempre sul tema dei criteri di aggiudicazione, troviamo una disposizione nuova (non era prevista nemmeno in sede di proposta di direttiva) e molto importante ancora una volta all'art. 67 par. 2 che, in uno degli ultimi periodi, prevede che: *“L'elemento relativo al costo può inoltre assumere la forma di un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi”*. La disposizione non ha il rilievo centrale che meriterebbe e rischia di passare un po' sotto traccia inserita com'è nel complesso disposto dell'art. 67. Si tratta di una disposizione rivolta, pare, alle amministrazioni aggiudicatrici (facendo riferimento all'*incipit* dello stesso paragrafo 2 in cui è contenuta) che, se approvata in questi termini e se messa in pratica, consentirebbe un'inversione di centottanta gradi rispetto alle pratiche finora in uso. Basare la competizione solo su criteri qualitativi tenendo fermo il prezzo o il costo fissato (in pratica il *budget* di spesa fissato dall'amministrazione) è all'insegna della flessibilità e del futuro, collocandosi agli antipodi di un sistema rigido e spesso ingessato come il nostro³⁷⁰. L'art. 67 infine precisa che (così come era per l'offerta economicamente più vantaggiosa nella direttiva 18) il rapporto qualità/prezzo deve sempre includere, oltre ai criteri qualitativi, anche l'elemento economico: non sarà quindi possibile selezionare un'offerta senza considerare l'elemento del prezzo o del costo³⁷¹.

Concentrandoci sugli aspetti qualitativi, leggiamo nella direttiva che per valutare il miglior rapporto qualità/prezzo le amministrazioni aggiudicatrici *“dovrebbero determinare i criteri economici e qualitativi... [a tal fine] è riportato nella presente*

³⁷⁰ A. BOTTO, *Manuale sugli appalti pubblici*, dispense LUISS 2014, reperibili all'indirizzo <http://docenti.luiss.it/botto/materiali-didattici/> : “La direttiva 2014/24/UE si spinge anche oltre ed arriva a consentire, ancorché in chiave di eccezionalità, che l'elemento prezzo/costo non giochi alcun ruolo nella scelta della soluzione più idonea. Viene richiamata tale possibilità (...) mutuata dall'esperienza inglese, ove esiste la tendenza ad affidare i maggiori interventi con la formula *“design & build”* secondo una modalità in cui la stazione appaltante indica un prezzo fisso, mentre la competizione si svolge solo sulle varianti qualitative”.

³⁷¹ Considerando (92) dir. 24: “Al fine di determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa, la decisione di aggiudicazione dell'appalto non dovrebbe basarsi solo su criteri che prescindono dai costi. I criteri qualitativi dovrebbero pertanto essere accompagnati da un criterio basato sui costi che potrebbe, a scelta dell'amministrazione aggiudicatrice, basarsi sul prezzo o su un approccio costo/efficacia, come ad esempio la determinazione dei costi del ciclo di vita”.

direttiva un elenco non esaustivo di possibili criteri di aggiudicazione comprendenti aspetti ambientali e sociali... Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere incoraggiate a scegliere criteri di aggiudicazione che consentano loro di ottenere lavori, forniture e servizi di alta qualità...". Le parole citate sono del considerando (92) della direttiva 24 e l'attenzione agli obiettivi sociali nella scelta dei criteri di attribuzione è confermata dal paragrafo 2 dell'art. 67 che, a proposito del miglior rapporto qualità/prezzo, fa ampio riferimento a criteri di questa natura, prevedendo che esso "...[sia] valutato sulla base di criteri, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto pubblico in questione. Tra tali criteri possono rientrare ad esempio: a) la qualità, che comprende pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, caratteristiche sociali, ambientali e innovative, la commercializzazione e relative condizioni...". Rispetto al vecchio art. 53 della direttiva 18, i criteri ambientali e sociali che possono entrare nella composizione della parte qualitativa dell'offerta, sono ora introdotti in modo più organico e più determinato e inoltre, segno di importanza, questa ulteriore specificazione avviene in un articolo della direttiva e non in un considerando.

Nei considerando troviamo invece numerosi esempi sulla possibile utilizzazione strategica dei criteri di aggiudicazione e in questo senso la direttiva propone un parallelismo mettendo sullo stesso piano, secondo valutazioni analoghe, le condizioni di esecuzione. Questa valutazione evidenzia ancora una volta l'evoluzione avutasi su queste questioni dato che, come abbiamo evidenziato prima, nel regime della direttiva 18 molte degli aspetti strategici che stiamo analizzando potevano trovare spazio solo tra le condizioni di esecuzione e non tra i criteri di affidamento. Al considerando (97) leggiamo che "...Criteri e condizioni [di esecuzione] riguardanti tale processo di produzione o fornitura [legato al ciclo di vita dei prodotti] possono ad esempio consistere nel fatto che la fabbricazione dei prodotti acquistati non comporti l'uso di sostanze chimiche tossiche o che i servizi acquistati siano forniti usando macchine efficienti dal punto di vista energetico. In base alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, vi rientrano anche criteri di aggiudicazione o condizioni di esecuzione dell'appalto riguardanti la fornitura o l'utilizzazione di prodotti del commercio equo nel corso

dell'esecuzione dell'appalto da aggiudicare. I criteri e le condizioni riguardanti il commercio e le relative condizioni possono, per esempio, fare riferimento alla provenienza del prodotto dal commercio equo, che include l'obbligo di pagare ai produttori un prezzo minimo e una maggiorazione di prezzo. Condizioni di esecuzione dell'appalto basate su considerazioni ambientali potrebbero riguardare, ad esempio, l'imballaggio, la fornitura e lo smaltimento di prodotti e, per quanto riguarda gli appalti di lavori e servizi, la riduzione al minimo dei rifiuti o l'uso efficiente delle risorse”.

Tutto quanto detto e analizzato necessita la precisazione che ciò che la stazione appaltante deve valutare è comunque l'offerta in sé, essendo essa ancora al centro in concreto della procedura di aggiudicazione dell'appalto. L'allargamento dei confini della “qualità dell'offerta” non arriva a prendere in considerazione gli aspetti soggettivi degli operatori economici o gli aspetti che non hanno nessun rapporto con il prodotto da fornire nell'ambito dell'appalto. La direttiva codifica quanto riportato poco sopra nella sentenza della Corte, ed è lo stesso considerando (97) che prosegue affermando che “...la condizione di un collegamento con l'oggetto dell'appalto esclude criteri e condizioni riguardanti la politica aziendale generale, che non può essere considerata un fattore che caratterizza il processo specifico di produzione o fornitura dei lavori, delle forniture o dei servizi oggetto dell'acquisto. Le amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero pertanto avere la facoltà di imporre agli offerenti di attuare una determinata politica aziendale di responsabilità sociale o ambientale”.

La scelta dei criteri per individuare il miglior rapporto qualità/prezzo deve inoltre sottostare agli stessi limiti già previsti dalla direttiva 18, a sua volta basata sulla giurisprudenza precedente della Corte di giustizia³⁷², come il divieto di scelte arbitrarie, l'oggettività dei criteri, il rispetto della parità di trattamento tra candidati, la presenza della concorrenza effettiva³⁷³. Questi limiti e il fatto che, seppur come

³⁷² Per i dettagli si rimanda all'analisi contenuta nel primo capitolo.

³⁷³ Su questi aspetti, con riguardo alla direttiva 2014/24/UE, si veda art. 67, par. 4: “I criteri di aggiudicazione non hanno l'effetto di conferire all'amministrazione aggiudicatrice una libertà di scelta illimitata. Essi garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva...” e nello stesso senso il considerando (92). Si veda anche il considerando (90): “L'aggiudicazione dell'appalto dovrebbe essere effettuata applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento per garantire un raffronto oggettivo del valore relativo delle offerte al fine di determinare, in condizioni di effettiva concorrenza, quale sia l'offerta economicamente più vantaggiosa...”.

specificato prima con riferimento al concetto di ciclo di vita, l'oggetto del contratto rimanga comunque al centro della procedura di appalto, dovrebbero far sì che l'apertura alla considerazione di criteri sociali e ambientali nell'aggiudicazione dei contratti pubblici non abbia quegli effetti di alterazione della parità di trattamento tra concorrenti e di distorsione della concorrenza paventati dalla Commissione nel Libro verde tra i *contro* già richiamati. In particolare per quanto riguarda la concorrenza, è vero che la più larga considerazione di aspetti strategici non direttamente economici potrebbe favorirne una contrazione ma occorre tenere presente due aspetti: da un lato la direttiva sottolinea in più occasioni che i criteri di aggiudicazione debbano essere concepiti in modo da assicurare una concorrenza effettiva; dall'altro lato su un piano più generale si può forse osservare che, essendo uno degli obiettivi della direttiva proprio quello di aumentare il ricorso ad appalti rivolti a prodotti più sostenibili e inclusivi nell'attuazione di Europa 2020 potenziandone il relativo mercato, sia fisiologico "scontare" un iniziale *trade off* tra questo scopo e la presenza di una platea meno ampia di offerenti, con risultati però sul medio-lungo periodo di aumento della concorrenza effettiva anche in queste parti del mercato, rafforzando in definitiva lo sviluppo sostenibile, con anche potenziali ricadute positive in termini di economicità per la mano pubblica³⁷⁴.

- Costo del ciclo di vita

Il concetto di "*life cycle*" è un concetto presente da molto tempo nel dibattito comunitario. Anche il Libro verde citato si interrogava sul suo possibile ruolo anzi, per la precisione, sul ruolo del relativo costo³⁷⁵. La proposta di direttiva del 2011 menzionava il costo del ciclo di vita come possibile paradigma della misurazione dei costi secondo un approccio costo/efficacia, accanto alla possibilità rappresentata

³⁷⁴ Vedi anche il Libro verde sulla modernizzazione degli appalti del 2011 più volte citato che a pag. 46 affermava che "Le prescrizioni obbligatorie sulle caratteristiche tecniche dei beni da appaltare potrebbero sensibilmente ridurre la scelta e la concorrenza nei mercati degli appalti, o anche eliminarle del tutto, laddove le disposizioni obbligatorie sulla scelta del criterio (o dei criteri) di aggiudicazione di cui tener conto (ad esempio efficienza energetica, determinazione dei costi del ciclo di vita, accessibilità) probabilmente avrebbero effetti meno limitanti sulla concorrenza nei mercati degli appalti".

³⁷⁵ Quesito n. 73 del Libro verde cit. "A parer vostro dovrebbe essere obbligatorio tener conto dei costi del ciclo di vita al momento di determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa, soprattutto nel caso dei grandi progetti? In caso affermativo, ritenete necessario/opportuno che i servizi della Commissione elaborino una metodologia per determinare i costi del ciclo di vita?"

dal prezzo più basso, con un approccio simile a quello che abbiamo visto avere la direttiva approvata sul punto³⁷⁶.

Quel che è importante rilevare è che il concetto di “ciclo di vita” è un concetto trasversale che emerge da più parti nell’articolato della nuova direttiva, cominciando dalla già richiamata definizione al punto (20) dell’art. 2. Abbiamo già visto il collegamento del concetto con le specifiche tecniche e i criteri di aggiudicazione e tra questi e l’oggetto del contratto; si tratta ora di capire come il ciclo di vita abbia a che fare con la misurazione dei costi (“costo del ciclo di vita”) e come questo abbia ricadute per il nostro punto di osservazione che è quello degli appalti verdi e della sostenibilità ambientale perseguita per il tramite dei contratti pubblici.

L’amministrazione aggiudicatrice, sia che decida di affidare l’appalto sulla base del solo prezzo sia che lo faccia ricorrendo al miglior rapporto qualità/prezzo, può utilizzare per la misurazione della parte economica dell’offerta un approccio di costo invece che quello di prezzo: potrà quindi considerare il prezzo assieme ad altri costi o anche solamente altri costi diversi dal prezzo, purché rientranti ovviamente negli schemi richiamati di collegamento con l’oggetto dell’appalto in questione. In entrambi i casi, la stazione appaltante avrà la possibilità di scegliere lavori, servizi o forniture che, tenendo conto dei costi ulteriori rispetto al prezzo, tra cui i costi sociali e ambientali, risultino complessivamente “meno cari” rispetto agli stessi lavori, servizi o forniture con un prezzo d’acquisto più basso che però non include gli “altri costi”. I costi ulteriori infatti devono comunque essere pagati da qualcuno: dalla stessa amministrazione, nel caso di costi come ad esempio i costi dello smaltimento; dalla collettività come nel caso di costi riconducibili a esternalità ambientali. Gli appalti di lavori, servizi e forniture “ecologici” o “inclusivi” diverrebbero quindi per tale via anche i “meno costosi”. L’art. 67 paragrafo 2 della direttiva 24 prevede che “*L’offerta economicamente più vantaggiosa dal punto di*

³⁷⁶ La differenza principale è che nella proposta di direttiva (COM (2011) 896 definitivo), all’art. 66 par. 1, si distinguevano ancora due diversi criteri di aggiudicazione l’offerta economicamente più vantaggiosa e il costo più basso, similmente alla direttiva 2004/18/CE: “Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali relative alla remunerazione di taluni servizi, il criterio sul quale si basano le amministrazioni aggiudicatrici per aggiudicare gli appalti pubblici è uno dei seguenti: (a) offerta economicamente più vantaggiosa (b) costo più basso. I costi possono essere valutati, a scelta dell’amministrazione aggiudicatrice, sulla sola base del prezzo o con un approccio costo/efficacia, come ad esempio la determinazione dei costi del ciclo di vita conformemente alle condizioni di cui all’articolo 67”.

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...". I considerando (90) e (92) per parte loro spiegano che la "...valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa potrebbe essere effettuata anche soltanto sulla base del prezzo o di un approccio costo/efficacia"³⁷⁷ e che "...la decisione di aggiudicazione dell'appalto non dovrebbe basarsi solo su criteri che prescindono dai costi. I criteri qualitativi dovrebbero pertanto essere accompagnati da un criterio basato sui costi che potrebbe, a scelta dell'amministrazione aggiudicatrice, basarsi sul prezzo o su un approccio costo/efficacia, come ad esempio la determinazione dei costi del ciclo di vita..."³⁷⁸.

L'elemento del "costo" tra i criteri di aggiudicazione non è una novità assoluta in sé. In effetti già la direttiva 18 permetteva la possibilità di includere i costi tra i criteri d'identificazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, menzionando ad esempio il costo di utilizzazione³⁷⁹. Anche la Commissione nelle sue Comunicazioni³⁸⁰ e Guide, tra cui si segnala *Acquistare verde! (2° edizione)*³⁸¹ esortava i pubblici poteri a prendere in considerazione la dimensione del "costo" più che quella del mero prezzo. La direttiva 2014/24/UE ha però il merito di codificare più chiaramente e in modo più ampio la dimensione dell'elemento "costo" includendo espressamente i costi ambientali e sociali all'interno della nozione di "costo del ciclo di vita" che, se non è l'unico approccio di costo possibile, sicuramente dovrebbe risultare l'archetipo di tale modo di approcciare la parte economica dell'offerta.

³⁷⁷ Considerando (90) dir. 2014/24/UE.

³⁷⁸ Considerando (92) dir. 2014/24/UE.

³⁷⁹ A tal proposito ricordiamo il collegato ambientale alla legge di stabilità per il 2014, Atto del Senato n. 1676 "Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di *green economy* e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali", già approvato dalla Camera dei deputati e ora in fase di esame in commissione al Senato, già menzionato nel secondo capitolo. Tale d.d.l. prevede l'introduzione all'art. 83 del Codice dei contratti pubblici (che si occupa di offerta economicamente più vantaggiosa e dei criteri qualitativi in essa ricompresi) delle seguenti parole dopo la lettera f) che fa riferimento al 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".

³⁸⁰ Tra le tante, la già ricordata COM (2008) 400 "Appalti pubblici per un ambiente migliore".

³⁸¹ Commissione europea, giugno 2011.

L'utilizzo del costo del ciclo di vita è disciplinato dall'art. 68 (norma *ad hoc*) e dal considerando (96) della nuova direttiva. Tenendo conto dell'ampia definizione di "ciclo di vita" dell'art. 2 analizzata prima, anche la definizione del relativo costo è, di conseguenza, molto ampia. L'art. 68, paragrafo 1, prevede infatti che *"I costi del ciclo di vita comprendono, in quanto pertinenti, tutti i seguenti costi, o parti di essi, legati al ciclo di vita di un prodotto, di un servizio o di un lavoro: a) costi sostenuti dall'amministrazione aggiudicatrice o da altri utenti, quali: i) costi relativi all'acquisizione; ii) costi connessi all'utilizzo, quali consumo di energia e altre risorse; iii) costi di manutenzione; iv) costi relativi al fine vita, come i costi di raccolta e di riciclaggio; b) costi imputati a esternalità ambientali legate ai prodotti, servizi o lavori nel corso del ciclo di vita, a condizione che il loro valore monetario possa essere determinato e verificato; 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"*. La lista dell'art. 68 sembra essere non esaustiva³⁸²: l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe ben tenere conto di qualsiasi altro costo legato ai lavori, servizi o forniture richiesti, sempre che esso sia legato al ciclo di vita dei prodotti che rientrano nella commessa pubblica e che il valore monetario dei costi esterni possa essere determinato e verificato. Il considerando (96) si pone sulla stessa linea di ragionamento affermando che tali misure settoriali dovrebbero essere integrate da un adeguamento delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE che consenta alle amministrazioni aggiudicatrici di *"perseguire gli obiettivi della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva nelle loro strategie di acquisto. Occorre pertanto chiarire che, tranne se la valutazione è basata esclusivamente sul prezzo, le amministrazioni aggiudicatrici possono determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa e il costo più basso ricorrendo a un approccio basato sui costi del ciclo di vita. Il concetto di costo del ciclo di vita comprende tutti i costi che emergono durante il ciclo di vita dei lavori, delle forniture o dei servizi. 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*

³⁸² N. SPIEGEL, M. URBANI *La "modernisation" des règles européennes sur les marchés publics: la nouvelle directive 2014/24/UE*, in *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 4-2014, Editions Clément Juglar.

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". La nuova disciplina ricomprende chiaramente quindi anche i "costi esterni", ed è una bella novità dato che nelle comunicazioni e nelle guide della Commissione (oltre che nella direttiva 18) venivano presi in considerazione solo i "costi interni".

L'art. 68 prevede dei presidi atti ad assicurare che la scelta dei costi del ciclo di vita da ricomprendere nella valutazione di un'offerta non sia arbitraria ma trasparente e rispettosa della parità di trattamento tra concorrenti. In particolare al paragrafo 2 è previsto che *"Quando valutano i costi utilizzando un sistema di costi del ciclo di vita, le amministrazioni aggiudicatrici indicano nei documenti di gara i dati che gli offerenti sono tenuti a fornire e il metodo che l'amministrazione aggiudicatrice impiegherà al fine di determinare i costi del ciclo di vita sulla base di tali dati. Il metodo impiegato per la valutazione dei costi imputati alle esternalità ambientali soddisfa tutte le seguenti condizioni: a) è basato su criteri oggettivi, verificabili e non discriminatori. In particolare, qualora non sia stato istituito per un'applicazione ripetuta o continua, non favorisce né svantaggia indebitamente taluni operatori economici; b) è accessibile a tutte le parti interessate; c) i dati richiesti possono essere forniti con ragionevole sforzo da operatori economici normalmente diligenti..."*. Inoltre (paragrafo 3), *"Ogniqualvolta un metodo comune per il calcolo dei costi del ciclo di vita è stato reso obbligatorio da un atto legislativo dell'Unione, tale metodo comune è applicato per la valutazione dei costi del ciclo di vita"*. La direttiva prevede quindi la possibilità di definire metodi comuni (si ritiene anche a livello nazionale, regionale o locale). Questi metodi, al fine di evitare distorsioni della concorrenza attraverso metodologie ad hoc, dovrebbero essere generali e non definiti per una particolare procedura. A tal fine si prevede la necessità di elaborare metodologie comuni a livello di Unione³⁸³ le quali una volta approvate con atto legislativo, dovrebbero essere applicate da tutti gli operatori per la valutazione dei costi del ciclo di vita. Alla Commissione viene

³⁸³ Si veda anche il considerando (129) della direttiva 2014/24/UE.

conferito il potere di adottare atti per aggiornare l'elenco se una nuova legislazione rende obbligatorio un metodo comune³⁸⁴.

L'applicazione di tale modalità di calcolo dei costi, secondo un approccio costo/efficacia basato sul ciclo di vita, non può quindi essere immediata in quanto richiede la definizione di metodologie comuni che devono essere inserite nella documentazione di gara per rendere trasparenti i dati che sono oggetto di esame e i parametri sui costi che le imprese devono fornire ai fini della valutazione. Sarà importante la fase del recepimento anche per definire tali metodologie comuni, necessarie per dare attuazione pratica ed effettiva a queste importanti novità introdotte dalle nuove direttive di settore.

Da notare che le disposizioni analizzate sul calcolo dei costi del ciclo di vita sono più orientate agli aspetti ambientali che sociali, che però potrebbero essere comunque ricompresi, soprattutto sotto forma di “esternalità sociali” in via di interpretazione, dato il carattere non esaustivo dell’art. 68. A questo proposito si segnala in sede di negoziazione il tentativo del Parlamento europeo che ha cercato di ricomprendere i costi sociali esterni nella direttiva³⁸⁵, anche per dare seguito alla strategia omnicomprensiva sul Consumo e la Produzione Sostenibili (SCP) affrontata nel secondo capitolo. Il testo finale non ha però recepito questa indicazione.

In ogni caso il criterio del costo del ciclo di vita non assume i contorni dell’obbligatorietà dato che le amministrazioni aggiudicatrici ben potrebbero adottare criteri di costo/efficacia diversi. Ciò premesso possiamo concludere che il rispetto sostanziale dei limiti previsti per il costo del ciclo di vita e anche, nel caso dei costi esterni, la condizione del valore monetario determinato e oggettivamente

³⁸⁴ Il par. 2 dell’art. 68 infatti prosegue prevedendo che “Un elenco di tali atti legislativi e, ove necessario, degli atti delegati che li integrano è contenuto nell’allegato XIII. Alla Commissione è conferito il potere di adottare atti delegati conformemente all’articolo 87 riguardo all’aggiornamento di tale elenco, qualora un aggiornamento si renda necessario a causa dell’adozione di nuova legislazione che rende obbligatorio un metodo comune o a causa dell’abrogazione o della modifica degli atti giuridici esistenti”. A tal proposito si segnala che l’unico atto legislativo contenuto nell’allegato XIII è la direttiva sui *clean vehicle* 2009/33/CE, che abbiamo incontrato più volte nel corso della trattazione e che è stata recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 24 del 2001. La direttiva all’art. 5 prevede la metodologia di calcolo dei costi di esercizio durante l’intero ciclo di vita connessi al consumo energetico, ai costi relativi all’emissione di CO₂ e alle emissioni di sostanze inquinanti che sono imputabili all’esercizio del veicolo al fine di trasformare in valore monetario tali costi e poter valutarli in fase di acquisto dei veicoli.

³⁸⁵ Emendamento n. 191 del Parlamento europeo alla proposta di direttiva.

verificabile, dovranno essere in ogni caso rispettati, al fine di garantire l'oggettività, la proporzionalità, la trasparenza e la parità di trattamento, quale che sia il criterio costo/efficacia prescelto nel concreto.

Infine una notazione di metodo necessaria perché a volte si fa un po' di confusione quando si parla di "costo del ciclo di vita", ricollegando questa nozione a una dimensione di tutela ambientale diretta. Il concetto di costo del ciclo di vita, come abbiamo visto, certamente ha o può avere ricadute ambientali, come nella considerazione delle esternalità, ma di base è un elemento che attiene al costo del prodotto e rientra nella parte economica della valutazione dell'offerta. Questo è ben evidenziato dall'elencazione già citata della direttiva, che parla di "costi ambientali" ma anche (e prima) degli altri costi, quelli diretti, per l'amministrazione. Tutto ciò, come si è detto, vale sempre che si privilegi, per la parte economica, non un approccio di prezzo (più netto e semplice) ma un approccio di costo (più complesso e omnicomprensivo), di cui il "costo del ciclo di vita" è certamente il paradigma ma non per questo la scelta obbligata.

A questa tutela ambientale "indiretta" se ne accompagna una diretta, il cui posto è tra i criteri qualitativi, e qui c'è tutto lo spazio per la discrezionalità dello Stato nel recepire in modo più o meno stringente su questo punto, basandosi sull'elenco citato dell'art. 67 della direttiva 24 e integrandolo con elementi più dettagliati, ove possibile.

Concludiamo l'esame delle disposizioni della direttiva 2014/24/UE attinenti al tema degli appalti verdi con il richiamo a due argomenti non trattati finora, le etichettature e le norme di gestione ambientale. Questi due temi non sono entrati nel discorso perché non propriamente novità dato che per ciò che li riguarda, le nuove disposizioni sono molto simili a quelle della direttiva 2004/18/CE analizzata nel secondo capitolo per cui si rimanda a quella sede per le considerazioni puntuali.

Ad ogni modo diamo conto che le etichettature trovano spazio all'art. 43 della direttiva 24 a proposito, per quanto qui di interesse, della possibilità di esprimere le specifiche tecniche per mezzo del ricorso alle eco-etichettature. I richiami a

Ecolabel³⁸⁶ sono gli stessi della direttiva 18³⁸⁷, così come le cautele per il collegamento con l'oggetto del contratto (e qui valgono le considerazioni svolte in questo paragrafo sulle specifiche tecniche), per la parità di trattamento, la tutela della concorrenza e quindi il principio di equivalenza già esposto a suo tempo.

Per quanto riguarda le norme di gestione ambientale esse trovano posto all'art. 62 della nuova direttiva³⁸⁸ tra i criteri di selezione dei partecipanti, coerentemente con quanto avveniva nella direttiva 18 all'art. 50. Anche in questo caso valgono le stesse considerazioni sul principio di equivalenza e gli stessi richiami a proposito di EMAS. Sottolineiamo solo un aumento sul punto dell'apertura alla partecipazione con il paragrafo 2 dell'art. 62 della direttiva 24 che prevede che *“le amministrazioni aggiudicatrici accettano anche altre prove documentali delle misure di gestione ambientale”* per gli operatori economici che non hanno la possibilità di ottenere tali certificati entro i termini richiesti, per motivi non imputabili agli stessi, o per gli operatori economici che abbiano dimostrato di non avere “accesso” a tali certificati, a condizione che gli stessi possano dimostrare che le misure documentate con prove alternative alle certificazioni siano equivalenti a quelle richieste nel quadro del sistema o della norma di gestione ambientale applicabile³⁸⁹.

5. La direttiva 2014/23/UE sulle concessioni

Come abbiamo già avuto modo di rilevare, le tre direttive sono abbastanza uniformi per l'oggetto di questa trattazione, visto che l'integrazione delle considerazioni ambientali nella nuova disciplina dei contratti pubblici comunitaria è un'esigenza trasversale volta al perseguimento della Strategia Europa 2020. Per questo motivo

³⁸⁶ Si veda il considerando (75) della direttiva 2014/24/UE.

³⁸⁷ Si veda l'art. 23 par. 6 della direttiva 2004/18/CE.

³⁸⁸ Si veda anche il considerando (88) della direttiva 2014/24/UE.

³⁸⁹ Istituto ITACA, Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, *Documento di analisi della direttiva 2014/24/UE in materia di appalti pubblici*, Roma, 19 febbraio 2015: “Il recepimento delle modifiche apportate dall'art. 62 consentirà da un lato una maggiore partecipazione degli operatori economici non in possesso delle eventuali certificazioni richieste dalle amministrazioni aggiudicatrici in materia di norme ambientali e di qualità, e dall'altro limiterà possibili contenziosi nelle procedure di gara per la non ammissione degli operatori economici non in possesso delle certificazioni di cui trattasi”.

abbiamo solo richiamato la direttiva 2014/25/UE sui settori speciali contenente, per la nostra analisi, norme pressoché identiche a quelle della direttiva 2014/24/UE.

La scelta di dedicare qualche breve cenno alla direttiva sulle concessioni nasce dal fatto che, seppur in un quadro di principi analogo, qualche differenza ci sia³⁹⁰ e poi perché, data la novità di una direttiva *ad hoc* sulle concessioni, si ritiene utile darne conto in modo più ragionato, senza la pretesa dell'esaustività³⁹¹.

a) La direttiva sull'aggiudicazione dei contratti di concessione in generale

La direttiva 2014/23/UE reca, per la prima volta, una disciplina unitaria sull'aggiudicazione dei contratti di concessione che tra l'altro, in conseguenza dell'esame presso le istituzioni europee, è stata molto modificata rispetto al testo proposto dalla Commissione nella già menzionata proposta COM (2011) 897 definitivo 2011/0437 (COD).

Tra le disposizioni generali è esplicitamente riconosciuto il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche, per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi per garantire, in particolare, un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici³⁹². A tal fine, le predette autorità possono decidere di espletare i propri compiti d'interesse pubblico o avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o conferendoli a operatori economici esterni. E' altresì fatta salva la libertà, per gli Stati membri, di definire, in conformità del diritto dell'Unione, quali essi ritengano essere servizi d'interesse economico generale, mentre la direttiva

³⁹⁰ Anche a livello di principi non tutto ciò che è stato pensato per la direttiva 24 è stato trasposto nella direttiva concessioni. Basti pensare al *favor* per le PMI e per la lottizzazione previsto nella direttiva 24 e al fatto che nella direttiva 23 manchi una norma analoga.

³⁹¹ A questo proposito si rinvia all'analisi di G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Fasc. 1 – 2015, Giuffrè. Si rinvia anche, seppur in un contesto pre-direttiva, a *Negoziazioni pubbliche, scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati* a cura di G. BOTTINO, A. BOTTO, M. CAFAGNO, G. FIDONE, Giuffrè 2013.

³⁹² Art. 2 dir. 23.

esclude dal suo ambito di applicazione i servizi non economici d'interesse generale³⁹³.

Ciò premesso, la direttiva per la prima volta detta regole generali unitarie per le concessioni di lavori (in precedenza disciplinate nell'ambito della direttiva 2004/18/CE sugli appalti pubblici) e di servizi alle quali, nella precedente disciplina, si applicavano solo i principi generali del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (libertà di circolazione delle merci, di stabilimento e di fornire servizi, parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, trasparenza e proporzionalità). I principi generali per l'aggiudicazione delle concessioni richiamano le novità già esaminate per le direttive sugli appalti pubblici laddove si fa riferimento al rispetto degli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro (art. 30, par. 3 ma su questi aspetti si veda *infra*), alla disponibilità elettronica dei documenti di gara³⁹⁴, alla lotta alle frodi, al clientelismo e alla corruzione, nonché alla prevenzione dei conflitti di interesse³⁹⁵.

Rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva solo le concessioni il cui valore sia pari o superiore a 5.186.000 euro, come disposto nell'art. 8 paragrafo 1. Inoltre rispetto alla direttiva 2004/18/CE vengono fissati criteri per il calcolo del valore stimato delle concessioni³⁹⁶.

Rilevante è anche la nuova definizione di “concessione” qualificata come un contratto a titolo oneroso in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori ovvero la fornitura e la gestione di servizi “*ad uno o più operatori economici il cui corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo*”³⁹⁷. L'elemento che qualifica l'aggiudicazione

³⁹³ Art. 4 dir. 23.

³⁹⁴ Art. 34 dir. 23.

³⁹⁵ Art. 35 dir. 23.

³⁹⁶ In particolare, il valore di una concessione è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi.

³⁹⁷ Art. 5 dir. 23, par. 1. Nel diritto interno la definizione dei contratti di concessione di lavori e di servizi è contenuta nel lungo art. 3 del Codice dei Contratti Pubblici di Lavori, servizi e forniture di cui al d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163. Per una teoria generale delle concessioni di lavori e servizi nel diritto interno, si rinvia a: PERICU G., *Le concessioni tra pubblico e privato*, in CAFAGNO M. - BOTTO A. - FIDONE G. - BOTTINO G. (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche - Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, cit.; BOTTO A., IANNOTTA L., *La concessione di lavori pubblici nella sua oscillazione pendolare: dal privato*

di una concessione, rispetto al contratto di appalto, è il trasferimento al concessionario di un “rischio operativo” legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell’offerta, o entrambi come si legge ancora all’art. 5 della direttiva 2014/23/UE, paragrafo 1, ultimo periodo³⁹⁸.

Con riguardo al tema delle esclusioni dalla direttiva, sappiamo che su questo punto c’è stato un ampliamento rispetto alla proposta originaria della Commissione. Le principali esclusioni ora previste riguardano in sintesi: l’acquisto o la locazione di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili; l’acquisto, lo sviluppo, la produzione o co-produzione di programmi destinati ai servizi di media audiovisivi o radiofonici; i servizi legali; la protezione civile (art. 10); le concessioni aggiudicate a un’impresa collegata (art. 13); le concessioni *in house* (art. 17). Ulteriori specifiche esclusioni riguardano il settore idrico, in particolare le concessioni aggiudicate per fornire o gestire reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di acqua potabile e per alimentare tali reti con acqua potabile (art. 12). Secondo il considerando (15) della direttiva, inoltre, taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica, in particolare nel settore dei porti marittimi o interni o degli aeroporti (mediante i quali lo Stato oppure l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d’uso senza acquisire lavori o servizi specifici) non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della direttiva.

al pubblico e ritorno, ivi; LINGUITI A., LINGUITI A., Cosa resta della natura pubblica della concessione?, ivi; LEPORE P., A proposito del fenomeno delle “concessioni amministrative” nell’esperienza romana, ivi. Per una visione più generale, si confrontino anche: SANDULLI M.A. - DE NICTOLIS R. - GAROFOLI R., Trattato sui contratti pubblici, voll. I-VII, Giuffrè, 2008; CLARICH M. (a cura di), Commentario al Codice dei Contratti Pubblici, Giappichelli, 2010; PERFETTI L.R. (a cura di), Codice dei contratti pubblici commentato, IPSOA, 2013.

³⁹⁸ Art. 5 dir. 23, par. 1, ult. periodo: “L’aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell’offerta, o entrambi. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subito dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile”.

La direttiva prevede esplicitamente una durata limitata delle concessioni. Per le concessioni ultraquinquennali, la durata massima della concessione *“non supera il periodo di tempo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati nell’esecuzione dei lavori o dei servizi, insieme con un ritorno sul capitale investito tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici”*³⁹⁹.

L’aggiudicazione delle concessioni deve rispettare i principi della parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza (ribaditi dall’art. 3 della direttiva). Per tale ragione, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori, che intendono aggiudicare una concessione, dovrebbero rendere nota tale intenzione per mezzo di un bando (art. 31), le cui modalità di pubblicazione sono disciplinate dalla direttiva.

Inoltre le concessioni sono aggiudicate sulla base di criteri oggettivi che siano conformi ai principi precedentemente richiamati e assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore (art. 41). La direttiva sottolinea, così come per la direttiva sui settori ordinari, che i criteri di aggiudicazione, in cui possono essere inclusi criteri ambientali, sociali o relativi all’innovazione, devono essere connessi all’oggetto della concessione e non devono attribuire una incondizionata libertà di scelta all’amministrazione aggiudicatrice o all’ente aggiudicatore⁴⁰⁰.

La direttiva infine disciplina anche la fase di esecuzione delle concessioni regolando in particolar modo il subappalto (art. 42), la modifica dei contratti in corso di validità (art. 43), la risoluzione (art. 44), nonché il monitoraggio sull’attuazione della direttiva (art. 45). Di particolare rilevanza la disciplina della modifica dei contratti in corso di validità, di cui all’art. 43 che, sulla scorta di quanto accade per gli appalti pubblici, elenca i casi in cui è possibile modificare le concessioni senza una nuova procedura di aggiudicazione e viceversa le fattispecie in cui la modifica è considerata *“sostanziale”* determinando, pertanto, la necessità di una nuova aggiudicazione.

³⁹⁹ Art. 18 dir. 23.

⁴⁰⁰ Art. 41 dir. 23.

b) Uso strategico dei contratti di concessione

Per quanto riguarda l'uso strategico dei contratti di concessione, e principalmente per quanto di nostro interesse l'uso rivolto alla tutela dell'ambiente, valgono sul piano generale le considerazioni già svolte. La direttiva 2014/23/UE è inserita nel “pacchetto nuove direttive” che a sua volta è inquadrato strategicamente nel perseguimento degli obiettivi dell'Unione. In questa sede non vi è quindi niente da aggiungere a quanto già detto a livello di principi.

Anche nella nuova direttiva concessioni l'approccio strategico del legislatore comunitario si è fermato alle soglie del “come acquistare” senza spingersi oltre. In particolare la direttiva 2014/23/UE contiene alcune disposizioni di principio volte a promuovere l'uso strategico degli appalti per tutte le fasi della vita dei contratti di concessione, a cominciare dall'art. 30, che afferma che gli Stati membri “*adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di contratti di concessione, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro*”⁴⁰¹. Secondo il considerando (64), al fine della migliore integrazione di considerazioni sociali ed ambientali nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la facoltà di applicare “*criteri di aggiudicazione o condizioni di esecuzione della concessione*” riguardanti lavori o servizi oggetto del contratto di concessione “*sotto ogni aspetto e in qualsiasi fase dei loro cicli di vita, dall'estrazione delle materie prime per il prodotto alla fase di smaltimento dello stesso, compresi fattori*

⁴⁰¹ Il considerando (55) afferma che “in vista di un'adeguata integrazione dei requisiti in materia ambientale, sociale e di lavoro nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, è particolarmente importante che gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori adottino misure pertinenti per garantire il rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro vigenti nel luogo in cui i lavori sono eseguiti o i servizi forniti e derivanti da leggi, regolamentazioni o disposizioni amministrative, adottati a livello nazionale e di Unione, e da contratti collettivi purché tali norme, nonché la loro applicazione, siano conformi al diritto dell'Unione. Parimenti, durante l'esecuzione di una concessione dovrebbero essere applicati gli obblighi derivanti da accordi internazionali ratificati da tutti gli Stati membri ed elencati nella presente direttiva”. Inoltre, il considerando (59) afferma che “Nessuna disposizione della presente direttiva dovrebbe vietare di imporre o di applicare misure necessarie alla tutela dell'ordine pubblico, della moralità pubblica e della sicurezza pubblica, della salute, della vita umana e animale o alla conservazione delle specie vegetali o altre misure ambientali, in particolare nell'ottica dello sviluppo sostenibile, a condizione che dette misure siano conformi al TFUE”.

*coinvolti nel processo specifico di produzione, prestazione o commercializzazione di questi lavori o servizi o in un processo specifico nel corso di una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale*⁴⁰². Tali principi sono poi confermati da alcune disposizioni puntuali che riguardano specificamente le diverse fasi della vita della concessione, quindi: il momento dell'individuazione delle specifiche tecniche⁴⁰³, quello della individuazione dei criteri di scelta del concessionario⁴⁰⁴, quello dell'aggiudicazione⁴⁰⁵ e quello dell'esecuzione del contratto, compresa la fase della gestione⁴⁰⁶.

Così come previsto per la direttiva 2014/24/UE le misure a carattere ambientale, sociale o volte all'innovazione non devono essere inserite o applicate in modo da discriminare taluni operatori economici. Inoltre, anche in questa sede, non appare

⁴⁰² Secondo lo stesso considerando (64), “Criteri e condizioni riguardanti tale processo di produzione o prestazione possono ad esempio consistere nel fatto che i servizi oggetto della concessione siano prestati usando macchine efficienti dal punto di vista energetico”. In tale ambito, rientrano anche criteri “riguardanti l'utilizzazione di prodotti del commercio equo e solidale nel corso dell'esecuzione della concessione”. Inoltre, “le condizioni di esecuzione della concessione basate su considerazioni ambientali potrebbero comprendere, ad esempio, la riduzione al minimo dei rifiuti o l'uso efficiente delle risorse”. Per il considerando (65) “Le condizioni di esecuzione della concessione potrebbero anche essere intese a favorire l'attuazione di misure volte a promuovere l'uguaglianza tra uomini e donne sul lavoro, una maggiore partecipazione delle donne al mercato del lavoro e la conciliazione tra lavoro e vita privata, la protezione dell'ambiente o il benessere degli animali e, per rispettare nella sostanza le disposizioni delle convenzioni fondamentali dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL), ad assumere un numero di persone svantaggiate superiore a quello stabilito dalla legislazione nazionale”. Per il considerando (66), possono essere adottate misure finalizzate “alla tutela della salute del personale coinvolto nel processo di esecuzione della concessione, alla promozione dell'integrazione sociale di persone svantaggiate o di membri di gruppi vulnerabili nel personale incaricato dell'esecuzione della concessione o della formazione nelle competenze richieste per la concessione in questione, purché riguardino i lavori o i servizi oggetto della concessione. Per esempio, tali criteri o condizioni potrebbero riferirsi, tra l'altro, all'assunzione di disoccupati di lunga durata, ad azioni di formazione per disoccupati o giovani da effettuarsi nel corso dell'esecuzione della concessione da aggiudicare”.

⁴⁰³ Considerando (67) della direttiva 2014/23/UE. Anche il considerando (66) prevede che “nelle specifiche tecniche le amministrazioni aggiudicatrici possono prevedere requisiti di natura sociale che caratterizzano direttamente il prodotto o servizio in questione, quali l'accessibilità per persone con disabilità o la progettazione adeguata per tutti gli utenti”. L'art. 36 prevede che i requisiti tecnici e funzionali definiscono le caratteristiche richieste per i lavori o i servizi oggetto della concessione, che possono includere “i livelli di qualità, i livelli di prestazione ambientale e degli effetti sul clima, la progettazione per tutti i requisiti (compresa l'accessibilità per i disabili) e la valutazione di conformità, l'esecuzione, la sicurezza o le dimensioni, la terminologia, i simboli, il collaudo e i metodi di prova, la marcatura e l'etichettatura o le istruzioni per l'uso”. Si applica, peraltro, il c.d. principio di equivalenza, che consente agli operatori economici di dimostrare che le caratteristiche del proprio prodotto sono analoghe a quelle richieste dal bando.

⁴⁰⁴ Considerando (73) della direttiva 2014/23/UE. L'art. 41 prevede che i criteri di aggiudicazione possono includere criteri ambientali, sociali o relativi all'innovazione.

⁴⁰⁵ Il considerando (58) afferma che “la vigilanza sull'osservanza delle disposizioni in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro dovrebbe essere svolta nelle relative fasi della procedura di aggiudicazione di una concessione, quando si applicano i principi generali che disciplinano la selezione dei partecipanti e l'aggiudicazione dei contratti e quando si applicano i criteri di esclusione”.

⁴⁰⁶ Considerando (72) della direttiva 2014/23/UE, con particolare riferimento ai subappaltatori.

superato il necessario collegamento con l'oggetto del contratto, per il quale valgono le stesse considerazioni svolte trattando della direttiva 24 e in particolare del rapporto tra questo e il ciclo di vita dei prodotti oggetto del contratto pubblico in questione.

In tema di innovazione valgono le stesse affermazioni già riportate sul ruolo dell'innovazione nell'ambito di Europa 2020 e sulle interrelazioni di questi aspetti con il mondo dei contratti pubblici. Peraltro ai sensi dell'art. 41 par. 3 della direttiva 23, occorre segnalare che qualora l'amministrazione riceva da un concorrente un'offerta che propone *“una soluzione innovativa con un livello straordinario di prestazioni funzionali”* che non avrebbe potuto essere prevista al momento dell'indizione della procedura, in via eccezionale può essere modificato l'ordine dei criteri di aggiudicazione per tenere conto di tale soluzione innovativa. In tale evenienza, anche gli altri concorrenti devono essere ammessi a presentare le loro offerte sulla base dei criteri modificati, nel caso anche previa pubblicazione di un nuovo bando⁴⁰⁷.

Con riferimento a tutte queste considerazioni si può notare ancora una volta che il perseguimento di obiettivi strategici faccia aumentare la complessità dei contratti, con effetti su tutte le fasi della loro vita e faccia aumentare, in tutte le fasi, l'asimmetria informativa a danno della parte pubblica. Valgono anche in questo caso le considerazioni già svolte sul *deficit* informativo tra p.a. e privati operatori e su come questo possa essere superato utilizzando procedure di aggiudicazione flessibili. Tutto ciò è ancora più vero a proposito di concessioni, che spesso sono contratti *“complessi di per sé”*⁴⁰⁸. *“Il tema dunque della efficienza delle procedure di acquisto e della gestione dei contratti è strettamente collegato a quello del*

⁴⁰⁷ G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, p. 186, Fasc. 1 – 2015, Giuffrè.

⁴⁰⁸ G. FIDONE, *op. cit.* alla nota precedente, p. 189: “In primo luogo, in riferimento al tema della flessibilità delle procedure e dei relativi margini di discrezionalità per le pubbliche amministrazioni, si è osservato che la materia dei contratti pubblici complessi, quali sono le concessioni di lavori e di servizi, è caratterizzata da una forte asimmetria informativa della pubblica amministrazione nei confronti del contraente privato, che aumenta all'aumentare della complessità dell'appalto, che spesso non consente alla stessa di orientare opportunamente le proprie preferenze. L'utilizzazione di procedure di aggiudicazione flessibili, volte ad aumentare l'informazione della pubblica amministrazione attraverso un progressivo apprendimento derivante dalla negoziazione con l'operatore privato, può ridurre tale *deficit* informativo dell'amministrazione e condurre a scelte efficienti. Tale soluzione appare, dunque, preferibile a quella di procedure rigide che impediscono all'amministrazione il necessario apprendimento, prima dell'effettuazione della scelta finale”.

*perseguimento di obiettivi strategici, considerando che le ulteriori variabili da considerare indubbiamente aumentano la complessità del contratto stesso*⁴⁰⁹.

6. Lo stato del recepimento in Italia e in altri paesi UE

a) In Italia

Nel nostro paese il recepimento delle nuove direttive è fermo al d.d.l. delega⁴¹⁰ attualmente in corso di esame alla Camera dei deputati che, una volta approvato, delegherà il Governo al recepimento delle nuove direttive sulla contrattualistica pubblica e all'emanazione del nuovo Codice dei contratti pubblici, con conseguente abrogazione delle attuali disposizioni. Tutto questo dovrebbe avvenire entro il 18 aprile 2016. Da notare che proprio in questi giorni (i primi di Ottobre 2015)

⁴⁰⁹ G. FIDONE, *op. cit.* alla nota precedente.

⁴¹⁰ Come già ricordato si tratta dell'Atto Camera n. 3194, in corso di esame presso la commissione VIII Ambiente, territorio e lavori pubblici, della Camera dei deputati. Il disegno di legge governativo in esame è composto di un unico articolo suddiviso in 9 commi ed è stato approvato il 18 giugno 2015 dal Senato, con modifiche rispetto al testo originario. Il comma 1 delega il Governo ad adottare un decreto legislativo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, 2014/24/UE, sugli appalti pubblici, e 2014/25/UE, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, e per il riordino complessivo della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Tale testo costituirà il nuovo codice degli appalti pubblici, in sostituzione di quello attualmente vigente (comma 1, lettera b)). I principi e criteri direttivi sono enucleati in 53 lettere, da a) a mmm), alcune delle quali ulteriormente suddivise in numeri. Il comma 2 prevede nell'esercizio della delega e in via preliminare il coordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentita l'Autorità nazionale anticorruzione, per lo svolgimento delle consultazioni delle principali categorie di soggetti pubblici e privati destinatari della nuova normativa. Il comma 3 stabilisce che il decreto legislativo deve essere corredato della relazione tecnico-finanziaria, che dia conto della neutralità finanziaria del medesimo ovvero dei nuovi o maggiori oneri da esso derivanti. Lo schema di decreto legislativo è adottato previa acquisizione dei pareri della Conferenza unificata, del Consiglio di Stato e delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per i profili finanziari. Qualora il Governo non intenda conformarsi ai pareri parlamentari dovrà trasmettere il testo nuovamente alle Camere con le proprie osservazioni e con eventuali modificazioni e renderà comunicazioni davanti a ciascuna Camera. Decorsi venti giorni dalla data della nuova trasmissione, il decreto potrà essere comunque adottato. Il comma 4 dispone che l'attuazione delle direttive oggetto della delega sia disciplinata dalle Regioni a statuto speciale e dalle province autonome di Trento e di Bolzano "nel rispetto dei principi e criteri direttivi desumibili dalle disposizioni della presente legge che costituiscono norme fondamentali di riforma economico-sociale". Il comma 5 prevede l'adozione di disposizioni integrative e correttive da parte del Governo, entro un anno dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo di cui al comma 1. Il comma 6 disciplina l'adozione del regolamento previsto dal comma 1, lettera III), recante la disciplina esecutiva ed attuativa del nuovo codice degli appalti. Il comma 7 contiene una disposizione applicabile già a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge, che vieta, negli appalti pubblici di lavori, affidati a contraente generale, l'attribuzione di compiti di responsabile o di direttore dei lavori allo stesso contraente generale. Il comma 8 dispone che, a decorrere dalla data di entrata in vigore del nuovo codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, cessino di applicarsi le disposizioni in materia di sistema di garanzia globale di esecuzione (*performance bond*), di cui all'articolo 129, comma 3, del vigente codice. Il comma 9 reca una clausola di invarianza finanziaria.

nell'esame presso la VIII Commissione della Camera, sono stati approvati alcuni emendamenti presentati dai relatori del d.d.l. (ma, in verità, preannunciati dal Governo) che, di fatto, se confermati nella versione definitiva del testo, stravolgeranno l'originaria impostazione del provvedimento così come approvato in prima lettura al Senato, con l'introduzione di due nuove questioni relative: 1) allo "spacchettamento" dell'unico originario decreto legislativo previsto nel testo approvato dal Senato in due provvedimenti: il primo, da emanare entro il termine del 18 aprile, per recepire le direttive individuando anche le parti dell'attuale Codice dei contratti e del Regolamento incompatibili con le direttive e prevedendone (probabilmente) l'abrogazione ed il secondo, da emanare entro il 31 luglio 2016, con un nuovo Codice dei contratti e la definitiva abrogazione del vecchio Codice e del vecchio Regolamento; 2) all'abolizione del Regolamento generale con la sostituzione dello stesso con linee guida di carattere generale da adottarsi di concerto tra il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti e l'ANAC⁴¹¹.

Tornando a quanto per ora è stato fatto, osserviamo che il testo del d.d.l. delega per il recepimento delle tre nuove direttive, per come era uscito dal Consiglio dei Ministri, non sembrava avere affrontato molti dei punti critici esposti in questa trattazione⁴¹² e per i quali cercheremo di trarre le fila nelle conclusioni. Con l'esame e l'approvazione in prima lettura presso il Senato della Repubblica invece il testo è stato integrato prevedendo criteri più specifici anche se, per forza di cose, ancora a livello di "principi" direttivi (e ciò è, almeno in una certa misura, connaturato all'essenza di una legge delega)⁴¹³. Il d.d.l. in parola prescrive in generale al

⁴¹¹ I pericoli nascenti da tale nuova situazione, generatasi con la possibile approvazione degli emendamenti dei relatori, sono stati evidenziati dallo stesso Presidente dell'ANAC Raffaele Cantone che, al 61° Convegno di studi amministrativi organizzato dal Consiglio di Stato a Varenna 17-19 settembre 2015, ha manifestato la sua opinione contraria precisando che con la nuova soluzione dei due decreti legislativi si creerebbero tre diversi regimi temporali (uno con il vecchio codice e regolamento, uno con il recepimento delle direttive e l'altro per attuare la restante parte della delega cioè il riordino del vecchio codice); ma si tratterebbe, anche, di motivi di sostanza perché, per esempio, tutti i poteri di regolazione affidati all'ANAC non farebbero parte del pacchetto sulle direttive europee ma della seconda delega e non entrerebbero in vigore con il primo decreto legislativo che recepisce le direttive europee. Non è una sottigliezza perché nel testo approvato dal Senato il trasferimento di poteri regolatori all'ANAC era uno dei punti principali della riforma.

⁴¹² Ad esempio con riguardo al recepimento della direttiva 2014/23/UE, tale disegno di legge si limita a prevedere la creazione di "*una disciplina organica della materia delle concessioni e individuazione, in tema di procedure di affidamento, di modalità volte a garantire i livelli minimi di concorrenzialità, trasparenza e parità di trattamento richiesti dalla normativa europea*" (art. 1 comma 1 lett. n).

⁴¹³ Tra i criteri della delega: - il divieto di introdurre, o di mantenere negli atti di recepimento, livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive europee; - la razionalizzazione del quadro normativo in materia di appalti pubblici e di concessioni, finalizzato a un maggior livello di certezza del

Legislatore delegato di razionalizzare il quadro normativo nelle materie degli appalti pubblici e delle concessioni al fine di conseguire un maggiore livello di certezza del diritto e di semplificazione dei procedimenti e, per quello che vale data la fisiologica temporaneità del testo, si possono fare alcune osservazioni correlate al tema degli appalti verdi. All'art. 1 lett. i) si indica tra i criteri della delega la *“previsione di misure volte a garantire il rispetto dei criteri di sostenibilità energetica e ambientale nell'affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione”*. Si può segnalare che forse manca un riferimento del tipo *“in ogni fase della procedura di aggiudicazione e della fase di esecuzione”*, che dia conto della trasversalità del rispetto degli obblighi ambientali, così come è disposto chiaramente dall'art. 18 par. 2 della direttiva 2014/24/UE.

Ancora, all'art. 1 lett. aa) ci si occupa dei criteri di aggiudicazione individuando come unico criterio possibile il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, misurata sul miglior rapporto qualità/prezzo *“...regolando espressamente i casi e le soglie di importo entro le quali è consentito il ricorso al solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta...”*. Sembra quindi che la direzione intrapresa sia quella suggerita dalla direttiva e cioè di prefigurare come criterio *standard* il miglior rapporto qualità/prezzo relegando il prezzo (o il costo) più basso

diritto e di semplificazione dei procedimenti; - la trasparenza e pubblicità delle procedure di gara; - la riduzione degli oneri documentali a carico dei soggetti partecipanti e la semplificazione delle procedure di verifica da parte delle stazioni appaltanti; - il contenimento dei tempi e la piena verificabilità dei flussi finanziari, anche attraverso adeguate forme di centralizzazione delle committenze e di riduzione del numero delle stazioni appaltanti; - la razionalizzazione ed estensione delle forme di partenariato pubblico privato; - la revisione del sistema vigente di qualificazione degli operatori economici, in base a criteri di omogeneità e trasparenza; - la razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto; - il miglioramento delle condizioni di accesso, per le piccole e medie imprese e le imprese di nuova costituzione, al mercato degli appalti pubblici e delle concessioni; - l'individuazione, per le procedure di affidamento, di modalità volte a garantire i livelli minimi di concorrenzialità, trasparenza e parità di trattamento; - la trasparenza, nella eventuale partecipazione dei portatori qualificati di interessi ai processi decisionali finalizzati alla programmazione e all'aggiudicazione di appalti pubblici e concessioni. Sono stati confermati anche gli ulteriori criteri direttivi che erano stati introdotti dall'VIII Commissione del Senato: - il divieto di affidamento dei contratti attraverso procedure derogatorie; - la sostituzione del criterio del massimo ribasso con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, anche nei servizi ad alta intensità di manodopera; - la valorizzazione di esigenze di sostenibilità ambientale e di clausole sociali; - la previsione di forme di dibattito pubblico nei territori interessati da opere infrastrutturali che hanno impatto sull'ambiente; - la valorizzazione della fase progettuale e il contenimento delle varianti in corso d'opera; - il rafforzamento dei poteri di vigilanza e indirizzo dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), che elaborerà contratti-tipo e bandi-tipo e istituirà un albo nazionale dei commissari di gara; - l'istituzione, presso il Ministero delle Infrastrutture, di un albo nazionale per il ruolo di responsabile dei lavori; - l'affidamento delle concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica, con una disciplina transitoria per le concessioni autostradali.

a un ruolo marginale e di eccezione. Non si può non rilevare però che manca qualsiasi riferimento al costo inteso come “costo del ciclo di vita” e più in generale che manca del tutto un riferimento al “ciclo di vita”, locuzione che non figura mai in tutto il testo del d.d.l. in esame. Anche su questo si dovrà intervenire e molto dato che la lettera aa) appena citata parla di prezzo o costo “*inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d’asta*” con una formulazione che, senza mezzi termini, appare errata. Inoltre il Legislatore del d.d.l. delega pare in ritardo anche rispetto allo stesso Legislatore del collegato ambientale alla legge di stabilità per il 2014 in esame al Senato (A.S. 1676), che avevamo visto prevedere l’introduzione all’art. 83 del Codice dei contratti pubblici (che si occupa di offerta economicamente più vantaggiosa e dei criteri qualitativi in essa ricompresi) delle seguenti parole dopo la lettera f) che fa riferimento al 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*”⁴¹⁴. Ciò dimostra ancora una volta lo scarso coordinamento legislativo tra le diverse proposte di legge, oltre che, sul piano più generale e come già rilevato, la scarsa razionalità della presenza all’interno del collegato ambientale di novità anche rilevanti in tema di *green public procurement* (come abbiamo visto nel secondo capitolo sul ruolo dei criteri ambientali minimi), nel momento in cui siamo alle soglie del recepimento delle nuove direttive di settore, con il rischio di sovrapposizioni e di confusione.

Ad ogni modo, se il testo rimarrà analogo al presente, il Legislatore delegato nel quadro dei larghi confini posti dal disegno di legge delega, avrà “*ampia facoltà di movimento*”⁴¹⁵ e una grandissima occasione di dare una svolta al nostro diritto dei

⁴¹⁴ Alla lettera b) invece si introduce nel comma 2 dell’art. 83, un periodo attinente al metodo di valutazione del costo del ciclo di vita, nel rispetto dei principi comunitari. Disposizione analoga anche qui a quella della direttiva 24, all’art. 68, sul costo del ciclo di vita appunto.

⁴¹⁵ G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Fasc. 1 – 2015, Giuffrè, nota (203) p. 193.

contratti pubblici modernizzandolo per renderlo più competitivo e più “sostenibile”, nel rispetto delle previsioni delle direttive, certo da adattare ma possibilmente da non stravolgere⁴¹⁶.

b) Negli altri paesi

Nel recepimento delle precedenti direttive di settore del 2004 i diversi Paesi dell’Unione hanno seguito approcci molto diversi tra loro. Sul piano formale, deve essere osservato che il recepimento è stato attuato in due diverse modalità: la maggior parte dei Paesi ha varato due provvedimenti legislativi separati ed autonomi, uno per la direttiva 17 e uno per la 18; pochi Paesi, ossia Italia, Francia e Portogallo hanno adottato un unico testo per entrambe le direttive. La Germania ha invece inglobato le due normative nella legge generale sulla concorrenza (GWB). Si possono di seguito ricordare i provvedimenti di recepimento dei principali Stati Membri: oltre all’Italia che ha recepito con il d.lgs. 163/2006 “*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*” si possono citare: per il Regno Unito, le *Public Contracts Regulations* e le *Utilities Contracts Regulations*, in vigore dal 31 gennaio 2006 che recepiscono, rispettivamente, la direttiva 18/2004/CE e la direttiva 17/2004/CE; per la Francia il *Code de Marchés Publics*; per la Germania il *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (la legge antitrust), il *Vergabeverordnung- VgV* (l’ordinanza sull’aggiudicazione dei contratti pubblici) e i regolamenti VOB, VOL e VOF; per la Spagna, la *Ley 30/2007* del 30 ottobre 2007, in vigore dal 31 aprile 2008, “*Ley de contratos del sector público*” per il recepimento della direttiva 18 e la *Ley 31/2007* per il recepimento della direttiva 17. Quanto al contenuto del recepimento, si deve tenere conto anche del tipo di sistema giuridico dei differenti Paesi riconducibile a diversi modelli generali: quello amministrativo, simile a quello italiano (Belgio, Francia, Spagna, Portogallo); quello civilistico (ad esempio, Germania, Austria, Olanda); quello di *common law*

⁴¹⁶ L’art. 1 lett. ss) del d.d.l. delega in esame ad esempio è poco chiaro riferendosi alla fase dell’esecuzione e parlando di “criteri” e “modalità premiali” senza fare riferimento propriamente alle condizioni di esecuzione che sono la via maestra per introdurre prescrizioni per questa fase. Inoltre tra gli usi strategici perseguibili in detta fase manca del tutto un riferimento all’innovazione e all’ambiente, come dovrebbe essere anche ai sensi dell’art. 70 della direttiva 24.

(Gran Bretagna, Irlanda). I paesi di *common law* hanno proceduto ad un recepimento fedele delle direttive comunitarie (c.d. recepimento fotocopia); nei paesi con sistema di tipo civilistico è prevalso un recepimento abbastanza fedele con i necessari adattamenti e con l'aggiunta di normative tecniche; nei paesi con sistema amministrativo, è prevalso invece un recepimento di tipo rielaborativo, che ha trovato massima espressione nel Codice italiano, nei due successivi *Code* (2004 e 2006) in Francia e nelle leggi 30 e 31 del 2007 in Spagna. Peraltro, l'esame delle procedure di infrazione avviate dalla Commissione sulle misure di recepimento degli Stati mostra come proprio a questi Paesi siano stati mossi i rilievi di maggior portata e di sistema (ad esempio alla Francia e all'Italia), mentre la maggior parte degli altri Stati ha avuto richieste di adeguamento al diritto comunitario anche importanti, ma puntuali⁴¹⁷.

- Francia

In Francia⁴¹⁸ non risultano ancora recepite nel diritto interno le direttive europee recentemente adottate in materia di contratti pubblici (direttiva 2014/23/UE; direttiva 2014/24/UE; direttiva 2014/25/UE). I testi normativi di recepimento sono stati comunque previsti da disposizioni legislative già approvate o in attesa di approvazione da parte del Parlamento francese.

In particolare, si rileva che l'art. 42 della legge n. 2014-1545 del 20 dicembre 2014 relativa alla "semplificazione della vita delle imprese" (*Loi n. 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises*⁴¹⁹) dispone che il Governo sia autorizzato a recepire mediante ordinanza⁴²⁰, ai sensi dell'art. 38 Cost., due direttive: la direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e la direttiva 2014/25/UE del

⁴¹⁷ Riferimenti comparati tratti da G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, nota (198) p. 188, Fasc. 1 – 2015, Giuffrè.

⁴¹⁸ I dati che seguono sulla Francia e sugli altri paesi UE sullo stato del recepimento delle direttive comunitarie provengono dall'Ufficio studi della Camera dei deputati, Schede di lettura n. 319 di accompagnamento all'A.C. 3194 (d.d.l. delega al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE), 2 luglio 2015.

⁴¹⁹ Si veda <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000029926655> (*Version consolidée au 30 septembre 2015*).

⁴²⁰ La prima versione di tale ordinanza è stata approvata dal Governo francese nel luglio scorso: *Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics*.

Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali. L'art. 42 della legge n. 2014-1545 prevede inoltre che l'ordinanza in questione provveda, in particolare, ad una razionalizzazione di alcuni aspetti dell'insieme dei contratti di appalti pubblici (*marchés publics*). È in particolare prevista una razionalizzazione delle regole generali di stipulazione e di esecuzione di tali contratti e una razionalizzazione del quadro giuridico applicabile ai “contratti globali” (*contrats globaux*) e “settoriali” (*contrats sectoriels*). L'art. 42 della legge dispone anche che l'ordinanza chiarisca su quali basi sono decise le autorizzazioni di occupazione delle proprietà degli enti pubblici e il loro rapporto con il diritto degli appalti pubblici. Con specifico riferimento ai “contratti globali”, l'ordinanza dovrà anche stabilire le modalità di elaborazione delle valutazioni preliminari alla loro stipulazione, con l'obiettivo di rafforzare la sicurezza giuridica e finanziaria di questi contratti. Inoltre, l'ordinanza dovrà chiarire le condizioni del possibile ricorso ai “contratti globali” in modo tale da limitarne l'utilizzo e stabilire in particolare una soglia minima finanziaria per cui è possibile stipularli. Con l'ordinanza dovranno anche essere assunte le misure di armonizzazione del diritto interno in seguito al recepimento del diritto comunitario, in modo tale da rispettare la gerarchia delle norme, la coerenza redazionale dei testi, correggere eventuali errori e abrogare le disposizioni divenute prive di rilevanza. L'art. 42 della legge stabilisce infine che le norme poste dall'ordinanza si applicheranno ai contratti in materia di appalti pubblici che saranno stipulati a partire dal 1° gennaio 2016.

Anche per la direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, è prevista una simile procedura di recepimento da parte del Governo mediante ordinanza. In particolare, l'art. 57 del *Projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, recentemente approvato con modifiche in prima lettura al Senato (Testo approvato n. 99, 12 maggio 2015), stabilisce che il Governo è autorizzato ad adottare mediante ordinanza, entro un termine di nove mesi a partire dalla promulgazione della legge in questione, ogni misura necessaria per la trasposizione della direttiva 2014/23/UE. L'ordinanza dovrà disporre la

semplificazione delle regole comuni alle differenti tipologie dei contratti di concessione (*contrats de concession*), previsti dalla normativa comunitaria, aventi ad oggetto la costruzione e la gestione di un'opera o la gestione di un servizio. L'ordinanza dovrà inoltre procedere all'armonizzazione e all'adattamento delle regole particolari proprie di questi contratti, considerando il loro oggetto e il loro valore finanziario. Il progetto di legge è stato trasmesso il 13 maggio 2015 all'Assemblea nazionale per l'esame in seconda lettura e approvato definitivamente il 6 agosto 2015⁴²¹.

Sulla tempistica prevista per la trasposizione delle direttive europee soprarichiamate è disponibile una scheda della Direzione Affari Giuridici del Governo francese⁴²².

- Germania

In Germania il Ministero Federale per l'Economia e l'Energia (*Bundesministerium für Wirtschaft und Energie - BMWi*) al quale compete la determinazione dei principi e delle regole concernenti gli appalti pubblici, è attualmente impegnato in una vasta opera di modernizzazione della materia. Gli elementi portanti (c.d. *Eckpunkte*) di questa riforma, presentati dal Ministero il 19 novembre 2014, sono stati deliberati dal Consiglio dei Ministri del Governo Federale il 7 gennaio 2015. Alla fine di aprile il Ministero Federale per l'Economia e l'Energia ha predisposto una bozza di progetto di legge (*Referentenentwurf*) che, ai sensi del paragrafo 47 del Regolamento comune dei Ministeri Federali (*Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien – GGO*), è stato inoltrato ai competenti ministeri dei *Länder*, alle rappresentanze dei *Länder* presso lo Stato federale, alle associazioni comunali e a gruppi di esperti e specialisti per acquisirne il parere. A questa fase di “partecipazione pubblica” (*Beteiligung*) per una riforma che tocca anche gli interessi degli enti locali, seguirà il procedimento legislativo presso entrambe le Camere, che sta avendo inizio in questo autunno (2015).

⁴²¹ LOI n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

⁴²² Disponibile all'indirizzo <http://www.economie.gouv.fr/daj/marches-publics>.

Tra i motivi ispiratori della riforma vi è in primo luogo l'attuazione delle tre nuove direttive europee sugli appalti (2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE)⁴²³ che dovranno essere recepite nell'ordinamento tedesco entro il 18 aprile 2016. Anche in Germania la necessità di adeguarsi alle normative europee impone un riordino del sistema finora vigente e la creazione di una disciplina più semplice, più flessibile e più facilmente applicabile. Il fulcro del progetto di legge governativo, che riguarda in particolare gli appalti sopra la soglia comunitaria, è rappresentato dalla novella della parte quarta della legge a tutela della concorrenza (GWB).

La normativa sugli appalti⁴²⁴, come da noi, disciplina l'assegnazione di commesse pubbliche alle imprese, allo scopo di procurare ai committenti pubblici mezzi materiali e servizi al prezzo più vantaggioso e alle migliori condizioni. Le disposizioni relative alla procedura da seguire devono garantire la concorrenza, la trasparenza e la parità di trattamento. La struttura e il contenuto della normativa tedesca sugli appalti è attualmente molto complessa: in molti casi fattispecie paragonabili tra loro sono disciplinate più volte e in modo diverso, come accade per le disposizioni sull'esclusione dalla procedura di gara (ad esempio nel caso di condanna a causa di reati economici), suddivise in una molteplicità di norme.

La riforma ha lo scopo di rendere più semplice e agevole l'applicazione pratica di tali disposizioni mediante la ricongiunzione e l'uniformazione di diverse norme, in particolare di quelle che riguardano gli appalti di forniture e servizi, prevedendo anche una rielaborazione di base e una migliore sistematizzazione della materia, pur

⁴²³ Si segnala tra l'altro che sul sito Internet del Ministero Federale per l'Economia e l'Energia è disponibile un documento in lingua inglese con i commenti del Governo Federale sul libro verde della Commissione europea del 18 maggio 2011 concernente la modernizzazione della politica degli appalti pubblici (*Comments of the German Federal Government on the European Commission green paper on the modernisation of public procurement policy*).

⁴²⁴ Il corpus disciplinare di base del settore degli appalti pubblici è costituito dai Regolamenti sugli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, introdotti nel 1926 e più volte modificati, che contengono norme dettagliate in merito alle procedure delle gare e che sono così suddivisi: *Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL)* per i servizi e le forniture; *Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB)* per le opere (a sua volta suddiviso in tre parti: *VOB/A* per la fase di aggiudicazione; *VOB/B* per la fase dell'esecuzione; *VOB/C* per le prescrizioni tecniche generali); *Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF)* relativo alle procedure delle gare per servizi forniti da liberi professionisti. L'aspetto peculiare delle disposizioni regolamentari, molto semplici nella parte che disciplina l'aggiudicazione, è rappresentato dall'intreccio tra normativa giuridica e normativa tecnica, con netta prevalenza di quest'ultima. Oltre che nei Regolamenti citati e nel Regolamento sulla concessione delle opere pubbliche (*Vergabeverordnung - VgV*) del 9 gennaio 2001, le direttive comunitarie riguardanti gli appalti pubblici nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali ("settori speciali"), nonché nei settori dei lavori, delle forniture e dei servizi ("settori classici"), sono state recepite nell'ordinamento tedesco mediante la legge contro le restrizioni alla concorrenza (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB*) del 26 agosto 1998.

continuando a tener conto delle particolarità di alcune prestazioni, ad esempio in campo edilizio.

In aggiunta alle norme di tipo strutturale, diventeranno più semplici, più rapide e più efficienti anche quelle relative alla procedura di gara (*Vergabeverfahren*): i termini di scadenza diventeranno più brevi e anche le trattative con gli offerenti saranno rese più agevoli. I servizi in campo sociale, come ad esempio quelli per l'integrazione delle persone in cerca di lavoro, potranno essere assegnati con una procedura più snella, così come avverrà per l'assegnazione di concessioni. Ai fini di una maggiore efficienza sarà incentivato l'utilizzo di mezzi elettronici, soprattutto per quanto riguarda la comunicazione tra committenti e appaltatori o lo scambio di documenti.

Oltre a sviluppare aspetti innovativi dal punto di vista sociale ed ecologico (con particolare attenzione agli strumenti di *green public procurement*), la riforma punterà sul rispetto del principio di economicità. Il Governo Federale, da parte sua, garantirà che nell'esecuzione di appalti pubblici le imprese osservino gli obblighi previsti dalla normativa vigente nel settore ambientale, sociale e in quello del lavoro. Per quanto riguarda l'applicazione delle nuove norme a livello di enti locali, lo scopo è quello di realizzare una maggiore chiarezza e certezza del diritto, escludendo determinati settori dalla disciplina sugli appalti, come ad esempio l'assegnazione di concessioni per l'erogazione di acqua potabile.

Infine, in concomitanza con la modernizzazione della disciplina sugli appalti e nell'ambito di una più efficace lotta contro la corruzione e la criminalità economica (*Eckpunkte* n. 9), è prevista, su tutto il territorio federale, l'introduzione di un registro di esclusione dagli appalti (*Vergabeausschlussregister*). Mediante tale registro, in linea con le disposizioni della direttiva 24 a tal riguardo, tutti i committenti pubblici verranno a conoscenza dei reati compiuti dagli offerenti. Gli offerenti inaffidabili non potranno così ottenere commesse pubbliche.

- Regno Unito

Il Regno Unito ha recepito la direttiva europea sugli appalti pubblici (2014/24/UE) con le *Public Contracts Regulations 2015*⁴²⁵, la cui tempestiva adozione è stata perseguita dal legislatore britannico nel presupposto che le relative misure siano idonee a semplificare il quadro normativo degli appalti pubblici e a stimolare la crescita economica. Le *Regulations*, entrate in vigore il 26 febbraio 2015 (e destinate ad applicarsi in modo “asimmetrico” nelle diverse Regioni del Paese a motivo delle competenze ad esse attribuite dalle leggi di *devolution*), sono state precedute, nell’approvazione, da una consultazione pubblica conclusasi con il documento di replica pubblicato dal *Cabinet Office* (*Government response to the consultation on UK transposition of new EU Procurement Directives: Public Contracts Regulations 2015*, del 30 gennaio 2015).

La tecnica normativa utilizzata nella redazione delle *Regulations* (adottate nella forma dello *Statutory Instrument*) si è avvalsa, per un verso, di clausole generali e di rinvio alle regole e definizioni riportate nei testi normativi dell’Unione Europea in modo da assicurare la costante adeguatezza del diritto interno in materia di appalti (*procurement law*) agli aggiornamenti delle discipline europee (è il caso, ad esempio, dei limiti di valore degli appalti soggetti a revisione biennale da parte della Commissione, oppure della nozione legislativa europea di dispositivi tecnici o di modalità operative riferite alla firma digitale o alla rete pubblica di telecomunicazione). Per altro verso, la disciplina di recepimento ha trasposto taluni passaggi della direttiva in termini ritenuti coerenti con la tradizione giuridica del Paese al fine di superare l’ambiguità di formulazione delle norme da recepire. In altri casi, infine, la trasposizione ha preservato il tenore indeterminato di previsioni sulla cui interpretazione si sta sviluppando la giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea.

Le principali previsioni del testo normativo di recepimento, nel complesso orientate a perseguire la trasparenza nel settore e la parità di trattamento degli operatori, sono

⁴²⁵ Oltre a trasporre nel diritto interno la direttiva 2014/24/UE, le *Regulations* del 2015 consolidano nella parte terza del testo normativo, con minime modifiche, le già vigenti norme di attuazione della direttiva sulle procedure di ricorso nel settore degli appalti pubblici (direttiva 89/665/CE, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE).

dirette ad imprimere una maggiore dinamicità agli appalti e perseguono la speditezza e la semplificazione delle relative procedure. In particolare, in linea con le direttive comunitarie, è accresciuto lo spazio dell'autonomia negoziale dell'appaltante (*procurer*) e dell'appaltatore (*supplier*) circa la definizione dei termini contrattuali degli appalti, per la fornitura di determinati beni e servizi, la cui soglia di valore economico sia inferiore a 750.000 euro; si contemplanu nuove forme di accordo con riguardo alla costituzione di collaborazioni tra l'appaltante pubblico e il contraente privato per la produzione di beni o servizi a carattere innovativo (*Innovative Partnership*); è previsto il ricorso a modalità elettroniche di esperimento delle gare (*Dynamic Purchasing Systems*) tra cui la pubblicità centralizzata dei bandi attraverso siti Internet a ciò dedicati (*Contracts Finder Portal*); sono elencati requisiti minimi per le imprese partecipanti alle gare (regolarità fiscale e contributiva, coperture assicurative, compatibilità ambientale, obblighi di sicurezza e di prevenzione sanitaria per i dipendenti); è previsto un più ampio ricorso alle auto-certificazioni nelle gare entro predeterminate soglie di valore economico, salva la produzione documentale successivamente richiesta all'aggiudicatario, prevedendo altresì l'uniformità dei requisiti di pre-qualificazione per partecipare agli appalti di valore più elevato. Le *Regulations 2015* inoltre contengono (nella parte quarta) previsioni il cui fine è quello di agevolare le piccole e medie imprese in relazione alla loro partecipazione agli appalti pubblici, aumentando le disposizioni già previste in tal senso dalla direttiva: si dispone ad esempio l'eliminazione degli adempimenti di certificazione per gli appalti di minore importo e il frazionamento dei contratti affinché le imprese di piccole dimensioni possano accedere all'aggiudicazione di singoli lotti. Gli adempimenti prescritti dalle *Public Contracts Regulations 2015* per la partecipazione alle gare sono descritti, con maggior dettaglio, nella guida predisposta allo scopo dal *Crown Commercial Service*.

Sono altresì poste norme il cui obiettivo, senza pregiudicare la semplificazione procedurale, è quello di prevenire la corruzione. Si segnalano, a questo riguardo, le previsioni in materia di: conflitto di interesse nelle procedure di gara; temporanea esclusione dagli appalti delle imprese condannate per reati di corruzione (oggetto di decisione a carattere obbligatorio o discrezionale, a seconda dei casi, da parte del

contraente pubblico); adozione di misure di ravvedimento (*self-cleaning measures*) da parte delle stesse imprese le cui inadempienze, riscontrate in relazione a precedenti appalti pubblici, possono precludere in ogni caso la partecipazione alle gare.

Le altre due direttive sugli appalti adottate nel 2014 dall'Unione Europea (la direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, e la direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione) sono, mentre si scrive, in attesa di trasposizione; il loro recepimento comporterà la revisione della normativa vigente, costituita, per gli appalti di servizi, dalle *Utilities Contracts Regulations 2006*.

- Spagna

La Spagna ha iniziato il procedimento di trasposizione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE mediante la pubblicazione delle bozze di due progetti di legge provvisori⁴²⁶, disponibili sul sito del Ministero delle finanze e delle pubbliche amministrazioni spagnolo⁴²⁷.

⁴²⁶ *Borrador de anteproyecto de Ley de contratos del sector público* (17 aprile 2015); *Borrador de anteproyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales* (17 aprile 2015).

⁴²⁷ Per gli aggiornamenti si veda anche il sito <http://contratosdelsectorpublico.es> che monitora l'evoluzione della situazione.

Valutazioni conclusive

L'introduzione di questo lavoro si era chiusa con una domanda. Ci si chiedeva in quella sede se, alla luce della relazione che intercorre tra strumenti verdi e sviluppo dell'economia così come riconosciuta dalla Strategia Europa 2020, fosse troppo ambizioso immaginare che lo stimolo proveniente dal *green public procurement* al mercato dei beni *eco-friendly* fosse la chiave, o una delle chiavi, per lo sviluppo della produzione e della ricerca tecnologica e scientifica, funzionando da leva per superare definitivamente l'attuale periodo di stallo economico dell'euro-zona e guardando con forza al futuro e alle nuove sfide che la tutela del nostro ambiente ci pone davanti con sempre più persistenza ogni giorno.

Per rispondere a questo interrogativo, traendo le fila di tutto ciò che si è detto in queste pagine, dobbiamo ancora una volta porci alcune domande. Ci dobbiamo chiedere quale sia lo "stato di salute" del principio dello sviluppo sostenibile, se le disposizioni in vigore legate agli appalti verdi abbiano avuto successo o meno alla luce delle esperienze realizzate e, infine, se e come la nuova disciplina comunitaria, e con essa la futura disciplina di recepimento, potranno (o dovranno?) incidere sullo sviluppo degli strumenti di *green public procurement*.

Ancora una volta occorre fare riferimento al contesto della disciplina della contrattualistica pubblica in generale, dato che, pur muovendoci nell'ottica della "ricerca del verde" negli appalti, non è possibile prescindere da esso.

Per quanto riguarda le "esperienze realizzate", il quadro nazionale di riferimento, come abbiamo osservato già più volte nel corso della trattazione, non ha certo giovato allo sviluppo degli appalti verdi.

L'approccio seguito in Italia è stato all'insegna di una regolamentazione molto puntuale, limitando la discrezionalità delle stazioni appaltanti, soprattutto a fini di prevenzione dei fenomeni di corruzione o di infiltrazioni criminali⁴²⁸, salvo poi fare

⁴²⁸ Secondo l'indagine Eurobarometro 2013 sulla corruzione, il 97% degli italiani ritiene che il fenomeno sia ampiamente diffuso nel Paese, contro una media europea del 76%. L'indagine sui bilanci delle famiglie

ampio ricorso a meccanismi derogatori⁴²⁹. L'estrema pervasività dell'approccio normativo italiano si è sostanziata in una crescente complessità della disciplina di riferimento⁴³⁰: solo il Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 13 aprile 2006, n. 163) e il relativo Regolamento di esecuzione e attuazione (D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), che sono i provvedimenti principali attraverso i quali sono state recepite le direttive europee del 2004 in materia, rappresentano un *corpus* normativo di oltre 600 articoli. La complessità si è affiancata a una certa instabilità normativa, con numerosissimi interventi di modifica, spesso a brevissima distanza l'uno dall'altro e non sempre tra loro coerenti⁴³¹, con conseguenti difficoltà e incertezze per gli operatori sia nazionali, sia stranieri. Complessità e instabilità della normativa favoriscono l'insorgere di contenzioso.

Da questi ostacoli, oltre che da diffusi fenomeni di illegalità, sono derivati tempi e costi di realizzazione delle opere elevati nel confronto internazionale e significativi scostamenti dai preventivi, una ridotta capacità di realizzazione per date risorse finanziarie e un insufficiente sfruttamento delle risorse del settore privato⁴³².

italiane condotta dalla Banca d'Italia rivela che, nell'interazione con la p.a., in media gli intervistati si aspettano di ricevere una richiesta di denaro o favori illeciti con una probabilità del 40% (45% al Sud); la probabilità che un funzionario pubblico corrotto sia scoperto è, secondo gli intervistati, del 38%, quella che a ciò si associ una pena detentiva per il reato commesso del 16%.

⁴²⁹ Nel corso degli anni si è fatto ampio ricorso al sistema delle deroghe alla disciplina generale per l'affidamento dei lavori pubblici attraverso la legislazione speciale, che avrebbe dovuto avere carattere eccezionale e che è stata, invece, adottata per intere categorie di opere pubbliche, ad esempio, in occasione di eventi speciali, calamità naturali e infrastrutture di interesse strategico. Delle 764 ordinanze emergenziali di protezione civile pubblicate tra il 1° gennaio 2001 e il 31 marzo 2010, più di 300 hanno riguardato il settore degli appalti, per uno stanziamento complessivo di risorse pubbliche di quasi 13 miliardi di euro. Le misure derogatorie si propongono il condivisibile obiettivo di ridurre i tempi in fase di aggiudicazione, intervenendo però non solo a fronte di emergenze non prevedibili, ma anche laddove si temano ritardi e difficoltà nel normale *iter* amministrativo. Esse rischiano, inoltre, di ripercuotersi negativamente sui tempi e sui costi nella successiva fase di esecuzione dell'opera.

⁴³⁰ Anche la Commissione Europea ha più volte segnalato come, negli Stati membri, sia alquanto diffuso il fenomeno del c.d. *gold plating*, vale a dire il fatto che le norme UE sono spesso integrate da un *corpus* di disposizioni nazionali e regionali che conducono all'unico risultato di una sovraregolamentazione, oltre che di un allontanamento dalle disposizioni europee (Commissione Europea 2011, Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici, 27 gennaio 2011).

⁴³¹ Tra i principali si ricordano: 1) il d.l. 13 maggio 2011, n. 70, poi convertito nella l. 12 luglio 2011, n. 106; 2) l. 12 novembre 2011, n. 103; 3) il d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, poi convertito nella l. 22 dicembre 2011, n. 214; 4) d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, poi convertito nella l. 24 marzo 2012, n. 27; 5) d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, poi convertito nella l. 4 aprile 2012, n. 35; 6) d.l. 2 marzo 2012, n. 16, poi convertito nella l. 26 aprile 2012, n. 44; 7) d.l. 7 maggio 2012, n. 52, convertito dalla l. 6 luglio 2012, n. 94; 8) d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, poi convertito nella l. 17 dicembre 2012, n. 221; 9) l. 6 novembre 2012, n. 190; 10) d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33; 11) d.l. 21 giugno 2013, n. 69, poi convertito nella l. 9 agosto 2013, n. 98.

⁴³² Secondo un'indagine del 2008 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP), in Italia i costi medi per chilometro dell'alta velocità ferroviaria sono stati circa tre volte superiori a quelli di Francia e Spagna; il divario in termini di tempi di realizzazione è analogo. Per le autostrade, i costi medi per chilometro sono più che doppi rispetto alla Spagna. Un'indagine svolta nel 2009 dalla Commissione europea sui progetti relativi a infrastrutture di trasporto di dimensioni medie e grandi

Queste carenze influiscono negativamente anche sulla capacità delle Amministrazioni pubbliche di utilizzare a pieno i fondi strutturali europei: l'Italia, al 31 dicembre 2013, aveva speso solo il 34,6% di quelli per i quali era già stato assunto un impegno di spesa. Anche le risorse finanziarie delle imprese private che gestiscono infrastrutture non sono sempre pienamente e tempestivamente adoperate: nel settore autostradale, ad esempio, al 31 agosto 2013 risultava completato solo poco più del 65% degli ampliamenti concordati nel 1997 tra l'ANAS e la principale concessionaria e circa il 73% di quelli decisi nel programma del 2004. In questo quadro, non sorprende che si riscontrino ampie difficoltà nel coinvolgimento dei capitali privati nella realizzazione delle opere pubbliche. Dei progetti realizzati in partenariato pubblico-privato in Europa tra il 1990 e il 2009, solo il 2% è stato realizzato in Italia, contro il 67% nel Regno Unito, il 10% in Spagna, il 6% e il 5% rispettivamente in Francia e in Germania⁴³³.

In questo contesto verrebbe da concludere per il non senso dell'interessamento agli appalti verdi. Il ricorso a tali strumenti appare un "lusso" inconciliabile con la situazione descritta. Per la verità le norme ci sono, le abbiamo analizzate nel secondo capitolo, e il legislatore italiano si è mosso in stretto recepimento delle disposizioni delle direttive del 2004 dedicate alla considerazione dell'interesse ambientale nelle procedure di gara. Il problema è un altro, o meglio è da affrontare da un altro punto di vista, in modo da capire il perché dello scarso successo che questi strumenti hanno avuto fino ad ora nel nostro Paese. Abbiamo sottolineato spesso come la configurazione degli strumenti di *green public procurement* sia stata finora delineata in chiave di possibilità, mai di obbligo. È questo il punto chiave del ragionamento, perché ponendo mente al contesto di riferimento, per come lo abbiamo delineato, è chiaro che il ricorso a detti strumenti si sia trovato "disincentivato", stretto com'era tra preoccupazioni economiche di breve termine, rischi per gli amministratori pubblici di responsabilità contabili per il "maggior

cofinanziati dal Fondo europeo di sviluppo regionale tra il 2000 e il 2006 ha rilevato che in Italia i ritardi nei lavori sono stati pari in media all'88% dei tempi previsti, contro una media del 26% per gli altri paesi; gli aggravii di costo hanno corrisposto in media al 37% del preventivo, contro una media del 21% per gli altri paesi.

⁴³³ Ignazio Visco, *L'efficienza della spesa per infrastrutture*, Italiadecide, 12 giugno 2012, Camera dei Deputati, Roma.

onere di spesa” (impropriamente ricollegato al ricorso a un appalto verde) e diritto dei contratti pubblici “generale” che, se da un lato riconosceva la possibilità degli appalti verdi, dall’altro si configurava come *habitat* ostile alla considerazione di queste variabili, vista la difficoltà di ricorrere in concreto a procedure flessibili e negoziate, terreno naturale di elezione per un ricorso deciso agli strumenti *green* (esempio paradigmatico la difficile “storia” del dialogo competitivo, posticipato più volte nella sua entrata in vigore fino all’approvazione del Regolamento attuativo del Codice nel 2010). L’impostazione della normativa italiana che abbiamo descritto ha fatto sicuramente il paio con quello che succedeva e saliva agli “onori” delle cronache. I casi di malaffare e di corrottele sono stati molto frequenti nel corso degli anni e questo ha alimentato la sfiducia verso la flessibilità del settore e di conseguenza ha prodotto ulteriore irrigidimento nelle procedure, secondo un circolo vizioso perverso dal quale è difficile uscire, anche perché questa impostazione non ha sortito gli effetti sperati in materia di lotta alla corruzione, facendo perdere di vista in ultima analisi anche il rapporto causa/effetto tra i fenomeni⁴³⁴.

La battaglia per il futuro successo o meno degli appalti verdi dovrà essere combattuta innanzitutto sul campo dell’adattamento del nostro diritto dei contratti pubblici interno alle nuove direttive.

Il nostro Paese e il nostro Legislatore hanno un’occasione unica, forse l’ultima, per mettere mano alla situazione descritta, attraverso il recepimento delle nuove

⁴³⁴ G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Fasc. 1 – 2015, Giuffrè, nota (201): “I paesi di *common law*, che hanno recepito più fedelmente le direttive 2004 e sono per tradizione meno inclini alla iper-regolazione, hanno dimostrato meno timore per i pericoli della flessibilità delle procedure. La storia di tali Paesi, peraltro, non ha presentato fenomeni rilevanti di corruzione nel settore degli appalti. Dunque, in tali Stati le pubbliche amministrazioni conservano grandi spazi di discrezionalità di scelta e i nuovi istituti flessibili previsti dalle direttive sono stati recepiti senza troppi timori, anche perché in larga misura coincidono con sistemi già utilizzati nei medesimi paesi. Diversamente, la maggior resistenza alla flessibilità può essere riscontrata nei paesi di diritto amministrativo. In tali Paesi, più abituati alla regolazione di dettaglio delle procedure, la preoccupazione è stata quella di disciplinare i singoli aspetti della discrezionalità, finendo così, talvolta, per ingessarla e limitarla. La necessità di regolare nel dettaglio i nuovi istituti a carattere flessibile ha, inoltre, comportato problemi di coordinamento e ritardi di recepimento che ne hanno ostacolato l’applicazione pratica. Un riferimento speciale, tra questi Paesi, merita l’Italia che, da un lato, si è mostrata preoccupata dall’eventualità della ripetizione di scandali e episodi di corruzione nel settore degli appalti e, dall’altro, aveva una disciplina giuridica di settore preesistente (la legge Merloni) particolarmente restrittiva che ha fortemente condizionato il Codice. Ebbene, l’Italia è stata probabilmente il Paese che ha espresso maggiori timidezze e preoccupazioni nel recepimento degli istituti flessibili, come dimostrano le sospensioni operate con i vari correttivi e il perdurante differimento del dialogo competitivo, fino all’entrata in vigore del Regolamento attuativo del Codice”.

direttive comunitarie. Questo dovrà avvenire tenendo presenti gli errori del passato e mettendo a frutto gli insegnamenti che da esso possono essere tratti.

Innanzitutto valorizzando il ricorso deciso a procedure flessibili all'insegna della discrezionalità delle amministrazioni, volte ad aumentare l'informazione della p.a. attraverso un apprendimento progressivo utile a ridurre il *deficit* informativo con l'operatore privato, che è connaturato a contratti complessi dove si richiedano specifiche competenze tecnico-scientifiche (si pensi anche al ruolo delle consultazioni preliminari di mercato). Questo contribuirà sia allo sviluppo degli strumenti dell'innovazione introdotti (come ad esempio il partenariato per l'innovazione) e sia alla valorizzazione dell'integrazione di interessi ulteriori (come quello ambientale) nel diritto dei contratti pubblici.

Si dovrà poi evitare l'iper-regolamentazione già richiamata, fonte essa stessa di ostacoli e incertezze all'efficienza della disciplina di settore nel nostro Paese⁴³⁵. L'eccessiva regolazione infatti, pretendendo di disciplinare *ex ante* tutte le possibilità che si presentano nella realtà, ha fallito. I problemi socio-economici sono vari e complessi e la loro gestione richiede per forza di cose flessibilità da parte dei soggetti chiamati ad affrontarli. Viceversa la molteplicità delle regole pensate dal Legislatore interno ha proprio lo scopo di contrastare la flessibilità e la discrezionalità della pubblica amministrazione “*nel tentativo di sostituire le competenze con le norme, la gestione con la regolazione, l'amministrazione con la legislazione*”⁴³⁶.

Come oramai auspicato da più parti, lo stesso Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione ha di recente affermato, a proposito del decreto delegato che recepirà in concreto le nuove direttive comunitarie nel nostro ordinamento, che “*la*

⁴³⁵ Per un confronto con gli altri Paesi Europei: FIDONE G., *Il sistema dei contratti pubblici spagnolo: la flessibilità dei modelli garantita da programmazione e controlli*, in COMPORTI G.D., (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, 2011; ZANETTINI L., *Le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici nel Regno Unito. La fiducia nella discrezionalità della stazione appaltante e l'importanza del dialogo con le imprese*, in COMPORTI G.D., (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, cit.; TORNOS MAS J., DEL MAR MARTÍNEZ M., *Las concesiones en el dercho español. Concesión de obra pública y colaboración público-privada*, in CAFAGNO M. - BOTTO A. - FIDONE G. - BOTTINO G. (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche - Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, cit.; SARTORIO L., *Le operazioni di partenariato contrattuale tra interesse pubblico e concorrenza: sviluppo economico e ruolo dei privati in Italia e in Francia*, in CAFAGNO M. - BOTTO A. - FIDONE G. - BOTTINO G. (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche - Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, cit.

⁴³⁶ G. FIDONE, *op. cit.*

vera svolta, per evitare di ritrovarci fra due anni ad affrontare le stesse questioni, sarebbe data da un solo provvedimento che tenesse insieme recepimento delle direttive e riordino del codice, eliminando al tempo stesso il regolamento e lasciando spazio a una soft regulation che avrebbe il grande vantaggio di avvicinare le regole agli operatori". Il rafforzamento delle infrastrutture informative e di servizio a supporto del mercato degli appalti e delle concessioni, con la produzione di linee guida e documenti standardizzati, è già realtà in molti Paesi europei. Tali strumenti hanno il pregio della flessibilità e, quindi, dell'adattabilità a fronte dei cambiamenti nel mercato e, come auspicato nelle direttive, possono rendere "disponibili gratuitamente orientamenti e informazioni per l'interpretazione e l'applicazione del diritto dell'Unione sugli appalti pubblici, al fine di assistere le Amministrazioni aggiudicatrici e gli operatori economici, in particolare le PMI" e fornire "sostegno alle amministrazioni aggiudicatrici per quanto riguarda la pianificazione e la conduzione delle procedure d'appalto"⁴³⁷.

Anche la lotta alla corruzione deve essere ripensata. La scelta di rinunciare all'efficienza delle procedure e dei contratti per combattere il malaffare non si è rivelata vincente, a partire dalla l. 109/1994 c.d. Merloni, fino alle recenti disposizioni del Codice dei contratti pubblici. La limitazione della discrezionalità amministrativa è essa stessa fonte di inefficienza dal momento che impedisce la costruzione di procedure di affidamento e di modelli contrattuali calibrati sul contratto da aggiudicare e da eseguire in concreto. Nel nostro Paese in poche parole *"per contrastare la corruzione si è rinunciato a priori all'efficienza. Un ripensamento dell'intera materia della contrattualistica pubblica presuppone il perseguimento dell'efficienza e il contrasto della corruzione con misure diverse da quelle basate sulla privazione della discrezionalità amministrativa"*⁴³⁸.

La prospettiva di valorizzazione del ruolo delle amministrazioni aggiudicatrici auspicata dalle direttive richiede infine, anche a fini di contrasto dei fenomeni

⁴³⁷ Così P. SESTITO, Testimonianza del Capo del Servizio di Struttura economica della Banca d'Italia a proposito del recepimento delle nuove direttive europee in materia di contratti pubblici, Camera dei deputati 16 giugno 2014.

⁴³⁸ G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3/2015.

corruttivi, un rafforzamento delle capacità tecniche di tali enti (con anche una minore frammentazione della committenza), una loro maggiore responsabilizzazione sulla base dei risultati effettivamente conseguiti e un rafforzamento degli obblighi di trasparenza e dei controlli gestionali. Ciò impone una riflessione sulla *governance* dei contratti pubblici: “*la usuale divisione delle varie fasi contrattuali e la loro imputazione a centri decisionali distinti deresponsabilizza i funzionari e rende difficoltoso attribuire la responsabilità degli insuccessi e i meriti dei successi legati ad un certo contratto. Occorre, dunque, ripensare anche il management dell’operazione amministrativa legata alla realizzazione di un certo contratto pubblico nel senso della unificazione delle varie fasi in unico centro decisionale*”⁴³⁹.

Specularmente, meno peso deve potersi dare al mero rispetto degli aspetti formali e procedurali.

Il ruolo del contesto richiamato e le linee-guida per il recepimento auspicate, si saldano fortemente con il ruolo degli strumenti *green*. Nelle nuove direttive di settore si dà molto più spazio all’uso strategico della contrattualistica pubblica a vari fini tra i quali *in primis* quelli di tutela ambientale. Per perseguire questi risultati è essenziale che il recepimento avvenga all’insegna degli orientamenti appena richiamati, per non trovarci nuovamente nella situazione del passato.

Oltre a questo aspetto vi è da considerare che il ruolo degli appalti verdi non è più un ruolo marginale con cui fare i conti una volta “sistemato” il contesto di riferimento. Certo questo è essenziale perché senza la modernizzazione del diritto degli appalti generale, anche gli strumenti del *green public procurement* continueranno ad avere vita difficile. La differenza è che ora essi non ricoprono più

⁴³⁹ G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, p. 192 in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Fasc. 1 – 2015, Giuffrè. L’Autore sostiene qui, su scala più ampia, anche la necessità di un ripensamento delle caratteristiche del controllo giudiziale amministrativo e contabile nel nostro Paese: “Il controllo giudiziale dovrebbe spostarsi sul risultato dell’attività amministrativa complessiva, ad esempio gli esiti di una procedura di affidamento o dell’esecuzione di un contratto, in termini di spesa, qualità, tempestività. A tali fini, appare necessario stabilire a priori quale debba essere il risultato (*performance*) programmato della pubblica amministrazione, anche attraverso il ricorso a valori *standard* universalmente riconosciuti, e poi procedere alla verifica del risultato conseguito. Peraltro, tale forma di controllo non necessariamente implicherebbe una valutazione di merito da parte del giudice poiché, qualora il raggiungimento di una determinata performance contrattuale fosse doveroso in virtù di una legge che obbligasse l’amministrazione prima a programmarla e poi a raggiungerla, lo stesso controllo avrebbe la natura di un controllo di legittimità dell’operato complessivo (non di un singolo atto) dell’amministrazione”.

un ruolo “ancillare” rispetto alla disciplina della contrattualistica pubblica, e nemmeno hanno più quel ruolo che definirei “ornamentale” cioè di abbellimento della normativa (dato che i riferimenti all’ambiente sono sempre ben visti) senza avere in realtà alcun impatto in termini di precettività.

Gli strumenti in parola hanno adesso un ruolo di primo piano, assieme agli altri strumenti volti ad integrare aspetti sociali e strategici nelle gare per l’acquisto pubblico. Il principio dello sviluppo sostenibile è uscito molto rafforzato da tutti i più recenti interventi comunitari, in qualsiasi campo. Esso è oramai trasversale a ogni politica dell’Unione, in ossequio al principio di integrazione di cui abbiamo parlato nel primo capitolo. Come abbiamo approfondito nel terzo capitolo di questa trattazione, la crisi economica ha spostato il *focus* delle politiche comunitarie verso obiettivi di sostenibilità e, con la Strategia Europa 2020, la tutela del clima e dell’ambiente sono divenute uno dei pilastri e dei fari che devono illuminare la messa in pratica di tutte le altre politiche comunitarie, comprese quelle economiche e di regolazione, compresa quindi la contrattualistica pubblica. L’Unione non è più una comunità solo economica: l’evoluzione è nel segno di una comunità politica e sociale.

Le nuove direttive di settore del 2014 tengono conto di tutto questo.

Abbiamo analizzato il dibattito che ha portato all’emanazione delle nuove direttive, sottolineando i punti di interesse per il nostro oggetto di analisi e gli spunti di riforma. Abbiamo visto come si ampli il ventaglio delle norme rivolte alla tutela dell’ambiente, distinguendo tra norme “indirettamente” ambientali e norme “direttamente” ambientali. Le prime con riferimento ai nuovi strumenti della flessibilità e dell’innovazione, considerando il loro sviluppo coesistente per gli appalti verdi almeno quanto le norme che li riguardano direttamente. E a proposito di queste seconde siamo scesi nei dettagli delle nuove possibilità, soffermandoci *in primis* sulla clausola trasversale dell’art. 18 par. 2 della direttiva 2014/24/UE (“*Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell’esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell’Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di*

diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X"). Ancora, a proposito dei momenti principali per l'introduzione di variabili ambientali nella procedura di gara, abbiamo riscontrato come le due principali proposte del Libro verde della Commissione del 2011 sulla modernizzazione degli appalti pubblici, non abbiano avuto seguito.

Da un lato non ha avuto successo la possibilità di inserire prescrizioni sul "che cosa acquistare", intese come obblighi di inserimento di considerazioni ambientali già a livello di direttiva, lasciando tale facoltà alle normative settoriali specifiche comunitarie e nazionali (considerando (95) dir. 24 "*Tenuto conto delle sensibili differenze tra i singoli settori e mercati, non sarebbe tuttavia opportuno fissare requisiti obbligatori generali per gli appalti in materia ambientale, sociale e di innovazione. Il legislatore dell'Unione ha già fissato requisiti obbligatori in materia di appalti volti ad ottenere obiettivi specifici nei settori dei veicoli per il trasporto su strada (direttiva 2009/33/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e delle apparecchiature da ufficio (regolamento (CE) n. 106/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio) ... Pertanto, appare opportuno proseguire su questa strada, lasciando che sia la normativa settoriale specifica a fissare obiettivi e prospettive vincolanti in funzione delle particolari politiche e condizioni vigenti nel settore pertinente...*"). In questo ambito si può richiamare la possibilità di addivenire a questi risultati anche attraverso il ricorso ai Criteri Ambientali Minimi, configurati stavolta in termini di obbligo, così come sta (o stava) provando a fare il nostro Legislatore del collegato ambientale alla legge di stabilità per il 2014 (si veda nel testo al cap. II). E sul punto si può immaginare anche un'evoluzione di criteri obbligatori uniformi e comuni a livello europeo, così come è già per alcuni settori specifici, richiamati dal considerando citato e su cui ci siamo soffermati nella trattazione.

Dall'altro lato non si è avuto, o meglio non si è completato lo sganciamento dall'oggetto del contratto dei criteri strategici da inserire nelle procedure. Non si tratta di un fallimento perché dalle direttive emerge una nuova nozione di "oggetto del contratto" molto più ampia e molto più capace di accogliere anche valutazioni legate ad esigenze ulteriori rispetto a quelle meramente economiche della regolazione, mediante il riferimento, sia per quanto riguarda le specifiche tecniche,

sia per quanto riguarda i criteri di aggiudicazione al “ciclo di vita” dei prodotti che entrano nella commessa pubblica, ampliando così il campo di osservazione e la possibilità di fare riferimento ad altre fasi e ad altri momenti della vita del prodotto nel momento in cui la stazione appaltante formulerà le proprie richieste o specificherà i parametri su cui si baserà l’aggiudicazione, potendo allargare lo sguardo fino a fasi che prima erano escluse da queste valutazioni, come ad esempio la commercializzazione o lo smaltimento. Ci sono dei limiti a tutto questo: lo sguardo della stazione appaltante si potrà ampliare ma non fino al punto di ricomprendere valutazioni soggettive sugli operatori e del tutto scollegate dall’appalto da aggiudicare, il che è, per certi versi, ragionevole ed equilibrato.

Ancora, abbiamo visto come ora i criteri qualitativi siano più importanti nell’ambito dell’aggiudicazione secondo il miglior rapporto qualità/prezzo e come questo metodo sia quello da preferire con la possibilità per gli Stati membri di escludere del tutto il prezzo o il costo più basso dalle proprie procedure (nel “costo” rientrano elementi ulteriori rispetto al mero “prezzo”). La misurazione dei costi potrà avvenire, sia che si privilegi il miglior rapporto qualità/prezzo sia che si privilegi il costo più basso, secondo una valutazione costo/efficacia di cui il “costo del ciclo di vita” risulta il paradigma applicativo. All’interno di questo metodo di misurazione dei costi si possono includere, oltre ai costi diretti per l’amministrazione anche costi indiretti e “esterni” come appunto le esternalità ambientali, purchè il loro valore monetario sia determinabile e verificabile secondo metodi di misurazione che dovranno essere comuni e omogenei il più possibile.

Tutte queste novità salvaguardano sempre e comunque la parità di trattamento tra i concorrenti, la libertà di partecipazione alle gare, il divieto di discriminazione per nazionalità, in una frase tutti i corollari della massima concorrenza possibile. A questo proposito abbiamo valutato che una piccola “contrazione” (almeno nel brevissimo periodo) della platea di offerenti sarà forse fisiologica scontando un *trade off* tra questo e l’aumento di richieste verdi. Ma abbiamo anche sottolineato come sul medio-lungo periodo tutto ciò potrà avere ricadute solo positive in termini di tutela ambientale, sviluppo di nuove tecnologie, stimolo all’innovazione e anche e infine di risparmio per la mano pubblica, che è e deve essere sempre sensibile

all'economicità (considerando (92) dir. 24: "...la decisione di aggiudicazione dell'appalto non dovrebbe basarsi solo su criteri che prescindono dai costi). A tal proposito il principio di economicità non è scomparso: la singola offerta da valutare è ancora al centro della procedura di aggiudicazione, ma il principio in parola è adesso "vestito" diversamente. Basti pensare ai minor "costi" che potrebbero avere alcuni prodotti, avuto riguardo al costo del loro ciclo di vita, rispetto ad altri caratterizzati da prezzo più basso. Si può quantomeno affermare che l'economicità sia ora oggetto di una nuova definizione, da dare avendo oramai riguardo all'intero "costo" e non più, o molto marginalmente, al mero "prezzo".

Tutto ciò che abbiamo diffusamente analizzato nella trattazione e qui solo richiamato, necessita, per essere attuato, di un forte sconvolgimento del nostro diritto dei contratti pubblici interno. Al fine di promuovere le scelte verdi delle pubbliche amministrazioni, occorre promuovere anche un mutamento culturale e una maggior presa di coscienza che l'ambiente è patrimonio di tutti e che la sua tutela migliora la qualità della vita di ciascuno. Quelli che potrebbero essere i punti di debolezza delle nuove direttive, come ad esempio l'assenza di obblighi sul "che cosa acquistare", potrebbero diventare i punti di forza del nostro recepimento. In tutte le disposizioni analizzate, infatti, si prevede sempre la "possibilità" per il legislatore nazionale di recepire in tal senso e di recepire in modo più stringente, prevedendo obblighi al posto della facoltà, come ad esempio in fatto di motivi di esclusione "ambientali" di cui all'art. 57 par. 4 della direttiva 24.

La sfida è doppia. Per il Legislatore ma anche per le stazioni appaltanti.

Il Legislatore dovrà attenersi alle linee-guida che abbiamo elencato cercando di recepire nella sostanza le disposizioni comunitarie, trasformandole, ove possibile, in previsioni obbligatorie e mettendo in conto un necessario tempo fisiologico per l'assorbimento di tante novità nel sistema. Si potrà fare ricorso ad atti di *soft law* come già evidenziato, si potrà dare forma a un nuovo Piano di Azione Nazionale dotato di maggiore effettività del precedente, magari con criteri minimi obbligatori, eventualmente predisposti a livello comunitario in un secondo momento.

Le stazioni appaltanti per parte loro dovranno fare un salto di maturità e di competenza perché oramai nel mercato unico sono considerate a tutti gli effetti come “consumatori”, disponendo di una grande libertà di scelta. Per gestirla e per funzionalizzarla agli obiettivi di una crescita economica che sia sostenibile e innovativa per uscire definitivamente dalla crisi in linea con l'impostazione della Strategia Europa 2020, esse devono essere dotate dal Legislatore degli strumenti adeguati, ma devono anche assumersi la propria responsabilità, andando verso una “professionalizzazione” che spesso manca. Questa è la nuova sfida per le stazioni appaltanti, sfida che potrà essere vinta in modo “intelligente” innanzitutto puntando molto sull'aggregazione della domanda tramite le centrali di committenza, favorita dalle stesse disposizioni delle nuove direttive. Apparentemente in controtendenza è il *favor* per la lottizzazione, previsto in aiuto delle PMI che, seppur dal lato degli operatori economici, rischia di disgregare l'offerta, con il rischio di disincentivare il ricorso ad offerte sempre più innovative e tecnologicamente sviluppate. È questo un esempio delle tensioni fisiologiche di una riforma epocale come quella che si sta mettendo in piedi: la mediazione tra le tante, e a volte opposte, esigenze sarà molto difficile. D'altra parte il ruolo degli Stati esce rafforzato da queste considerazioni e ovviamente responsabilizzato. Starà allora al nostro Paese essere all'altezza della situazione e dare pienamente forma al principio di sussidiarietà dell'art. 5 del Trattato sull'Unione europea, richiamato anche al considerando (136) della direttiva 2014/24/UE, per cui date le impostazioni di “direttiva” da parte dell'Unione, sta a noi il recepimento puntuale, in ossequio al canone della proporzionalità di cui allo stesso art. 5 TUE. Starà al nostro Paese decidere da che parte stare, se proiettarsi nel futuro, e questo implica per forza la valorizzazione dello sviluppo sostenibile e di tutto ciò che ne consegue, o se rimanere fermi in un presente fatto di rigidità e asfissia per le novità.

Dobbiamo essere all'altezza della sfida, per non dover essere costretti a sentire ancora una volta la voce di chi “racconta” l'Europa e la nostra Unione come fonte solamente di imposizioni e di obblighi per gli Stati membri.

Sta a noi togliere legittimità a quella voce.

Le fonti

Bibliografia

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

ARROWSMITH S. – KUNZLIK P., *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

BALDANZA A., *Prime considerazioni della Corte dei conti sul sistema di acquisti centralizzato tramite Consip spa*, nota a C. conti, sez. centr. contr. Stato gestione, 1 luglio 2003, n. 26, in *Foro. Amm.* – CDS, 2003, 2668.

BANDINI ZANIGNI S., *Le nuove modalità di acquisto di beni e servizi della pubblica amministrazione: gare online e adesione alle convenzioni Consip spa*, in *Riv. trim. appalti*, 2003, 821.

BASTIANON S., *Politiche dell'Unione Europea in tema di appalti verdi* in M. ANDREIS (a cura di) *I contratti pubblici tra principi interni e vincoli sovranazionali (mercato, ambiente, responsabilità)* Giuffrè Editore.

BELLOMO G., *Il Green Public Procurement nell'ordinamento multilivello ambientale*, in *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, 2008.

BIANCAREDDU S. – SERRA G., *Gli appalti verdi: la soddisfazione di interessi ambientali attraverso le procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici, Qualche riflessione alla luce dei recenti interventi normativi*, in www.sentenzeitalia.it, 2014.

BOTTO A., IANNOTTA L., *La concessione di lavori pubblici nella sua oscillazione pendolare: dal privato al pubblico e ritorno*, in CAFAGNO M. – BOTTO A. - FIDONE G. - BOTTINO G. (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche - Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè 2013.

BOTTO A., *Lezioni di Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, LUISS, 2014.

BOTTO A., *Manuale sui contratti pubblici*, dispense LUISS 2014 reperibili all'indirizzo <http://docenti.luiss.it/botto/materiali-didattici/>.

BROCCA M., *Criteri ecologici nell'aggiudicazione degli appalti*, in *Urbanistica e Appalti*, 2003, 2.

BROGGI D., ANGELI F., *Consip: una novità nella pubblica amministrazione*, (a cura di), Milano, 2006.

BRUGNOLI M., *La responsabilità sociale e le procedure di scelta del contraente. Gli "appalti verdi"*, consultabile in www.lexitalia.it.

CAFAGNO M. – FONDERICO F., *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell'ambiente*, in P. DELL'ANNO- E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova, Cedam, 2012.

CAFAGNO M., *Lo Stato banditore*, Giuffrè, Milano, 2001.

CAFAGNO M., *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007.

CAFAGNO M., *Strumenti di mercato a tutela dell'ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, 2011.

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

CANTONE R., Presidente dell'ANAC, intervento al 61° *Convegno di studi amministrativi* organizzato dal Consiglio di Stato a Varenna 17-19 settembre 2015.

CAPPARELLI L., *Le azioni a supporto del PAN GPP attuate dalla centrale di acquisto nazionale e i risultati ottenuti da Consip sugli acquisti verdi* in *Atti della Conferenza su "Uso strategico degli appalti pubblici per un'economia sostenibile"*, Presidenza del Consiglio dei Ministri - Sala Polifunzionale ROMA - 25 novembre 2014.

CAPUZZA V., *I requisiti di ordine generale nelle nuove Direttive europee sui contratti pubblici*, Conferenza "Contratti pubblici: inizia il viaggio all'interno delle direttive" organizzata dall'Istituto Grandi Infrastrutture (IGI), tenutasi a Roma il 6 maggio 2014.

CARANTA R. – TRYBUS M., *The Law of Green and Social Procurements in Europe*, Copenhagen, DJØF, 2010;

CARAVITA B., *Diritto pubblico dell'ambiente*, Bologna, 1990.

CARAVITA B., *I principi della politica comunitaria in materia ambientale*, *Riv. giur. amb.*, 1991.

CHITI M.P., *I principi*, in M. A. SANDULLI- R. DE NICTOLIS-R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2008.

CLARICH M. – FIDONE G., *Le considerazioni di variabili ambientali nella scelta del contraente (i cosiddetti appalti verdi)*, Relazione presentata a Roma il 15 novembre 2013 al Convegno tenutosi sul tema degli appalti pubblici alla Camera dei Deputati.

- CLARICH M., *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2007.
- COLOSIMO C., *L'oggetto del contratto, tra tutela della concorrenza e pubblico interesse*, in G. D. COMPORTI, *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011.
- CONIO P. e LEONE L., *L'offerta più vantaggiosa sbaraglia il massimo ribasso*, in *Edilizia e Territorio*, Dossier on-line n. 2/2014.
- COSTA G. e MORI P.A., *Introduzione alla teoria dei giochi*, Il Mulino, 1994.
- COZZIO M., *Le nuove direttive e l'accesso delle piccole e medie imprese al mercato degli appalti*, pubblicato su Osservatorio di Diritto Comunitario e Nazionale sugli Appalti Pubblici, www.osservatorioappalti.unitn.it.
- COZZIO M., *Prime considerazioni sulle proposte di direttive europee in tema di public procurement in Negoziazioni pubbliche, scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati* a cura di G. BOTTINO, A. BOTTO, M. CAFAGNO, G. FIDONE, Giuffrè 2013.
- CREPALDI G. *Politiche ambientali nei contratti pubblici degli enti locali*, in *I contratti pubblici tra principi interni e vincoli sovranazionali*, a cura di M. ANDREIS, 2011, Giuffrè.
- D'ALEO E., *La revisione delle direttive sui contratti pubblici: criticità e prospettive in Negoziazioni pubbliche, scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati* a cura di G. BOTTINO, A. BOTTO, M. CAFAGNO, G. FIDONE, Giuffrè 2013.
- DE FALCO V., *L'utilizzo di fonti di energia rinnovabili come criterio di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2004.
- DE LEONARDIS F., *La disciplina dell'ambiente tra Unione Europea e WTO*, in *Riv. dir. amm.*, vol. 3-2003.
- DE NICTOLIS P. - DE NICTOLIS R., *I contratti pubblici di lavori servizi e forniture. Ambito oggettivo e soggettivo. Procedure di affidamento. Le procedure di scelta del contraente*, 2007, IV.
- DE NICTOLIS R., a cura di, *I contratti pubblici di lavori servizi e forniture*, 2011.
- DEL MASTRO E., *Convenzioni Consip ed aste elettroniche: ipotesi di esternalizzazioni a confronto*, in *Riv. trim. appalti*, 2004, 1043.

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

DELL'ANNO P. – PICOZZA E. (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Cedam, Padova, 2012.

DIMAN P., *Principi della tutela ambientale*, in G. DI PLINIO - P. FIMIANI (a cura di), *Principi di diritto dell'ambiente*.

FAILLA G., *Green Public Procurement: appalti verdi nel Lazio*, in *Appalti e contratti*, 2010, III.

FENNI B. *Il green public procurement come strumento di sviluppo sostenibile in* *www.AmbienteDiritto.it - Rivista Giuridica – ISSN 1974-9562*.

FERRARA R. – FRACCHIA F. – OLIVETTI N., *Diritto dell'ambiente*, Roma, 1999.

FIDONE G., *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte ecoefficienti*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 2012, V.

FIDONE G., *Il codice dei contratti pubblici*, in M. CLARICH (a cura di) *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, Giappichelli, Torino, 2010.

FIDONE G., *Il sistema dei contratti pubblici spagnolo: la flessibilità dei modelli garantita da programmazione e controlli*, in COMPORTI G.D., (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, 2011.

FIDONE G., *L'integrazione degli interessi ambientali nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Giappichelli, Torino, 2013.

FIDONE G., *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3/2015.

FIDONE G., *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Fasc. 1 – 2015, Giuffrè.

FIDONE G., *Principi e disposizioni comuni*, in M. CLARICH, G. FIDONE, G. FONDERICO *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2010.

FIORENTINO L., *Il modello Consip nella finanziaria per il 2008*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008.

FONDERICO F., *La tutela dell'ambiente*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2000.

FONDERICO G., *La selezione delle offerte e la verifica dell'anomalia* in M. CLARICH, G. FIDONE e G. FONDERICO (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2010.

FRACCHIA F., *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in *Diritto dell'ambiente* a cura di G. ROSSI.

FRACCHIA F., *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Diritto dell'economia*, 2002, II.

GALETTA D.-U., *Vizi procedurali e vizi sostanziali al vaglio della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2004.

GAMBARELLI G., *Giochi competitivi e cooperativi*, Cedam, Padova, 1997.

GAROFALI R. (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, II.

GARZIA G., *Bandi di gara per appalti pubblici e ammissibilità delle clausole c.d. ecologiche*, in *Foro Amm.*, 2003.

GAVERINI F., *Attività contrattuale della p.a. e protezione dell'ambiente: gli appalti verdi*, in *Riv. giur. edilizia*, 2009.

GAVERINI F., *L'inserimento di clausole "verdi" nelle procedure contrattuali pubbliche, tra merito e discrezionalità*, in *I contratti pubblici tra principi interni e vincoli sovranazionali*, a cura di M. ANDREIS, 2011, Giuffrè.

GIBSON R., *Teoria dei giochi*, Il Mulino, Bologna, 1994.

IANIGRO R. E., *Commento all'art. 2*, in R. GAROFOLI, G. DE LISE, *Codice degli appalti pubblici e nuova direttiva ricorsi*, Tomo I, Nel diritto Editore, Roma, 2009.

KOTSONIS T., *Green paper on the modernisation of EU public procurement policy*, PPLR, n.3/2011, p. NA51.

KRAMER L., *Manuale di diritto comunitario per l'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2002, I, 90.

KREPS D. M., *Teoria dei giochi e modelli economici*, Il Mulino, Bologna, 1992.

LAINO A., *Convenzioni Consip: chi le ignora paga – Il comune acquista servizi a prezzi più alti? È mala gestio*, in *Dir. e giustizia*, 2006.

LEME MACHADO P.A., *Nuove strade dopo Rio e Stoccolma*, in *Rivista giuridica dell'Ambiente*, 2002, 1, 170;

LEPORE P., *A proposito del fenomeno delle "concessioni amministrative" nell'esperienza romana*, in CAFAGNO M. - BOTTO A. - FIDONE G. - BOTTINO G. (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche - Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè 2013.

LINGUITI A., LINGUITI A., *Cosa resta della natura pubblica della concessione?*, in CAFAGNO M. - BOTTO A. - FIDONE G. - BOTTINO G. (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche - Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè 2013.

LIPARI M., *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Urb. e app.*, n. 1/2007.

MADDALENA P., *L'ambiente: prolegomeni per una sua tutela giuridica*, in *Riv. giur. ambiente*, 2008.

MAESTRONI A., *Politiche nazionali in tema di appalti verdi*, in *I contratti pubblici tra principi interni e vincoli sovranazionali*, a cura di M. ANDREIS, 2011, Giuffrè.

MAMELI B., *Collegialità e trasparenza nelle gare Consip*, nota a TAR Lazio, Sez. III, 20 febbraio 2004 n. 1597, in *Urb. e App.*, 2004, 599.

MASSARI A., *Nuova linfa agli appalti verdi nel collegato alla legge di stabilità*, in *Appalti e contratti*, 2013, 11.

MASTRODONATO G., *Gli strumenti privatistici nella tutela amministrativa dell'ambiente*, in *Riv. Giur. ambiente*, 2010, V.

MELI M., *Le origini del principio "chi inquina paga" ed il suo accoglimento da parte della comunità europea*, in *Rivista giuridica dell'Ambiente*, 1990, p. 441.

MINGANTI L., *Gli acquisti delle amministrazioni tramite convenzioni quadro: il modello Consip (commento alla l. 30 luglio 2004 n. 191 e al d.p.c.m. 11 novembre 2004 n. 325)*, in *Riv. trim. appalti*, 2005, 1187 e 2006, 187.

MIRABELLI C., *Dei singoli contratti*, Unione tipografico-editrice torinese, 1962.

MONTI M., "Una nuova strategia per il mercato unico", relazione al Presidente della Commissione europea, 9 maggio 2010.

OCCHIENA M., *Norme di gestione ambientale*, in M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008.

PAPASSO E., *Le società partecipate tra funzione e struttura rivestita*, nota a TAR Lazio, Sez. III 20 novembre 2009, n. 11367, in *Riv. amm.*, 2009.

PARISIO L., *Meccanismi d'asta*, Carocci, Roma, 1999.

PARISIO V., *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano*, in *Nuove autonomie*, 2006.

PARISIO V., *Protezione dell'ambiente, sviluppo sostenibile e controllo giurisdizionale*, in *Riv. giur. urb.*, 2006, 4.

PEPE V., *Lo sviluppo sostenibile tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Rivista giuridica dell'Ambiente*, 2002.

PEPE V., *Lo sviluppo sostenibile: tra governo dell'economia e profili costituzionali*, Piacenza, 2002.

PERFETTI L. R. (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, IPSOA, 2013.

PERICU G., *Ambiente (tutela)*, in *Digesto disc. pubbl.*, Torino.

PERICU G., *Le concessioni tra pubblico e privato*, in CAFAGNO M. - BOTTO A. - FIDONE G. - BOTTINO G. (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche - Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè 2013.

POCAR F., *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2001, 112, cit. in G. GARZIA, *Bandi di gara per appalti pubblici e ammissibilità delle clausole c.d. « ecologiche »*, in *Foro amm. - CDS*, 2003, 12, 3515.

RANGONE C., *Analogie e differenze tra vecchia e nuova disciplina dei settori classici*, Conferenza "2014: l'anno delle Direttive", organizzata dall'Istituto Grandi Infrastrutture (IGI), tenutasi a Roma il 27 gennaio 2014.

RIFICI R., *Responsabile sezione certificazione ambientale e GPP – MATTM, Il piano di azione nazionale sugli appalti verdi*, in *Gazzetta dell'Ambiente*, n. 2, 2012.

ROSSI G., *La materializzazione dell'interesse ambientale*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, 2015.

ROTA G. L. e RUSCONI G., *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture 2009; AA.VV., Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori servizi e forniture*, a cura di M. SANNINO.

SAITTA F., *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Cedam. 2008.

SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova 1998.

SANDULLI M. A. - DE NICTOLIS R. - GAROFOLI R., *Trattato sui contratti pubblici*, voll. I-VII, Giuffrè, 2008; CLARICH M. (a cura di), *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, Giappichelli, 2010.

SANDULLI M. A., *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, 2008.

SARTORIO L., *Le operazioni di partenariato contrattuale tra interesse pubblico e concorrenza: sviluppo economico e ruolo dei privati in Italia e in Francia*, in CAFAGNO M. - BOTTO A. - FIDONE G. - BOTTINO G. (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche - Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè 2013.

SCHIANCHI A., *Le strategie della razionalità. Un'introduzione alla teoria dei giochi*, Carocci, Roma, 1997.

SCHIZZEROTTO F., *I principali provvedimenti europei ed italiani in materia di Green Public Procurement*, in *Rivista giuridica dell'Ambiente*, 2004, 6, 967.

Sentenza *Concordia bus Finland* in <http://curia.eu.int/>.

SESTITO P., Testimonianza del Capo del Servizio di Struttura economica della Banca d'Italia a proposito del recepimento delle nuove direttive europee in materia di contratti pubblici, Camera dei deputati 16 giugno 2014.

SPIEGEL N., URBANI M., *La "modernisation" des règles européennes sur les marchés publics: la nouvelle directive 2014/24/UE*, in *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 4-2014, Editions Clément Juglar.

TORCHIO N., *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, Relazione tenuta per il Corso di formazione sui contratti pubblici per il personale della magistratura della Corte dei conti, 12-13 maggio 2014.

TORNOS MAS J., DEL MAR MARTÍNEZ M., *Las concesiones en el dercho español. Concesión de obra pública y colaboración público-privada*, in CAFAGNO M. - BOTTO A. - FIDONE G. - BOTTINO G. (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche - Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè 2013.

TOSCHEI S., in *Codice dei contratti pubblici annotato con dottrina e giurisprudenza*, sub Art. 68, a cura di A. MAGGIO - G. STERI, 2010.

TOSCHEI S., in *Codice dei contratti pubblici annotato con dottrina e giurisprudenza*, sub art. 69, a cura di A. MAGGIO - G. STERI, 2010.

VILLAMENA S., *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008.

VISCO I., *L'efficienza della spesa per infrastrutture*, Italiadecide, 12 giugno 2012, Camera dei Deputati, Roma.

WILLIAMS M. R., *Commission proposals to modernise public procurement*, PPLR, n. 3/2012, p. NA101.

ZANETTINI L., *Le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici nel Regno Unito. La fiducia nella discrezionalità della stazione appaltante e l'importanza del dialogo con le imprese*, in COMPORTI G.D., (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, 2011.

Principali documenti comunitari analizzati⁴⁴⁰

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

Comunicazione della Commissione, *Gli appalti pubblici nell'Unione europea*, Bruxelles 11 marzo 1998, COM (98) 143.

Comunicazione della Commissione *Conciliare bisogni e responsabilità. L'integrazione delle questioni ambientali nella politica economica*, 20 settembre 2000, COM (2000) 576.

Comunicazione della Commissione *Sesto programma d'Azione per l'Ambiente*, 24 gennaio 2001, COM (2001) 31.

Comunicazione della Commissione *Libro verde sulla politica integrata relativa ai prodotti*, 7 febbraio 2001, COM (2001) 68.

Comunicazione della Commissione *Sviluppo sostenibile in Europa per un mondo migliore: strategie dell'Unione Europea per lo sviluppo sostenibile*, 15 maggio 2001, COM (2001) 264.

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

Comunicazione della Commissione europea del 2003 sulla Politica integrata di prodotto dal titolo *Sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale*, COM (2003) 302.

Acquistare verde! Un manuale sugli appalti pubblici ecocompatibili, Commissione europea, 2005, Bruxelles.

⁴⁴⁰ Non si richiamano in questa sezione i Trattati, le direttive e gli atti "legislativi" comunitari in generale ma si citano principalmente i documenti della Commissione europea affrontati nel corso della trattazione.

Commission staff working document, Guide on dealing with innovative solutions in public procurement. 10 elements of good practice, 2007.

Comunicazione della Commissione *Appalti precommerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa*, del 14 dicembre 2007.

Comunicazione della Commissione sulla *Strategia "Consumo e Produzione Sostenibile" (SCP)*, COM (2008) 397.

Comunicazione della Commissione *Appalti pubblici per un ambiente migliore* COM (2008) 400.

Comunicazione della Commissione *Strategia Europa 2020: Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, 3 marzo 2010, COM (2010) 2020.

Comunicazione della Commissione *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, COM (2011) 15 del 27 gennaio 2011.

L'Atto per il mercato unico: *Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia* COM (2011) 206 del 13 aprile 2011.

Acquistare verde! (2° edizione), Commissione europea, giugno 2011.

L'Atto per il mercato unico II *Insieme per una nuova crescita* COM (2012) 573 del 3 ottobre 2012.

Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni *Bilancio della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM (2014) 130.

Giurisprudenza

Corte di Giustizia dell'Unione europea

Corte di giustizia, 20 settembre 1988, causa C-31/87, *Beentjes c. Netherlands State*

Corte di giustizia, 28 marzo 1995, C-324/93 *Evans Medical Ltd e Macfarla Smith Ltd*

Corte di giustizia, 26 settembre 2000, causa C-225-98, *Commissione c. Francia, Commissione vs. Repubblica Francese*

Corte di giustizia, 13 marzo 2001, C-379/98, *Preussenelek-tra AG c. Land Schleswig-Hollstein*

Corte di giustizia, sentenza 17 settembre 2002, causa C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab*

Corte di giustizia, sentenza 4 dicembre 2003, causa C-448/01, *EVN AG et Wienstrom GmbH c. Republik Österreich*

Corte di giustizia, 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C-28/01 *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*

Corte di giustizia sentenza del 7 ottobre 2004, causa C-247/02

Corte di giustizia, Sez. II 3 marzo 2005-C-21703 e C-34/03

Corte di giustizia, 24 novembre 2005, causa C-331/04, *ATI EAC s.r.l. e Viaggi di Maio s.n.c*

Corte di giustizia, 24 gennaio 2008, causa C-532/06, *Emm. G. Lianakis AE*

Corte di giustizia, 21 febbraio 2008, causa C-412/04, *Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica Italiana*

Corte di giustizia, 22 dicembre 2008, causa C-333/07, *Société Régie Networks c. Direction de contrôle fiscal Rhône-Alpes Bourgogne*

Corte di giustizia, IV, 19 maggio 2009, C-538/07

Corte di giustizia, 368/2012 *Commissione c. Paesi Bassi*, 10 maggio 2012

Corte Costituzionale italiana

Corte costituzionale, sentenza n. 414 del 2007

Corte costituzionale, sentenza n. 259 del 1996

Corte costituzionale, sentenza n. 419 del 1996

Corte Costituzionale, sentenza n. 292 del 2013

Giurisprudenza amministrativaConsiglio di Stato

Cons. St., Sez. V, 15 settembre 2001, n. 4820

Cons. St., Sez. VI, 22 gennaio 2001, n. 192

Cons. Stato, Sez. V, 26 marzo 2003 n. 1577

Cons. St., Sez. V, 28 aprile 2003, n. 2129

Cons. Stato, Sez. V, 17 febbraio 2004, n. 611

Cons. Stato, Sez. V, 17 maggio 2005 n. 2465

Cons. Stato, Sez. V, 15 dicembre 2005 n. 7139

Cons. Stato Sez. V, 31 gennaio 2006 n. 348

Cons. St., Sez. V, 31 gennaio 2006, n. 349

Cons. St., Sez. V, 2007, n. 1723

Cons. St., Sez. VI, 3 aprile 2007, n. 2304

Cons. Stato, Sez. VI, 11 maggio 2007 n. 2304

Cons. St., Sez. V, 27 dicembre 2007 n. 6683

Cons. Stato, Sez. IV, 29 gennaio 2008 n. 263
Cons. St, Sez. V, 8 settembre 2008, n. 4272
Cons. St., Sez. V, 23 dicembre 2008, n. 6534
Cons. St., Sez. V, 29 gennaio 2009, n. 498
Cons. St., Sez. V, 2 febbraio 2009, n. 525
Cons. St., Sez. IV, 10 febbraio 2009, n. 740
Cons. St., Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3750
Cons. St., Sez. V, 19 novembre 2009, n. 7247
Cons. St., Sez. V, 19 novembre 2009, n. 7259
Cons. St., Sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8914
Cons. Stato, Sez. V, 21 settembre 2010 n. 7031
Cons. St., Sez. III, 11 marzo 2011, n. 1583
Cons. St., Sez. V, 30 giugno 2011, n. 3924

TAR

TAR Piemonte, Sez. II, 13 gennaio 2001, n. 12
TAR Lombardia, Brescia, 23 novembre 2004, n. 1695
TAR Sicilia, Catania, Sez. IV, 23 febbraio 2006, n. 265
TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 17 novembre 2006, n. 5373
TAR Lazio, Roma, Sez. III, 23 gennaio 2007, n. 426
TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, 13 marzo 2007, n. 797
TAR Lazio, Roma, Sez. II, 19 marzo 2007, n. 2394
TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 8 giugno 2007, n. 6043
TAR Puglia, Bari, Sez. I, 4 luglio 2007, n. 1735

- TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 4 gennaio 2008 n. 3
- TAR Lazio, Roma, Sez. I, 4 febbraio 2008, n. 932
- TAR Campania, Napoli, 8 febbraio 2008, n. 670
- TAR Marche, Ancona, Sez. I, 13 marzo 2008, n. 201
- TAR Campania, Napoli, Sez. I, 18 marzo 2008, n. 1377
- TAR Molise, Sez. I, 12 aprile 2008, n. 107
- TAR Liguria, Sez. II, 15 maggio 2008, n. 1009
- TAR Abruzzo, Pescara, Sez. I, 21 maggio 2008, n. 509
- TAR Lazio, Roma, Sez. I ter, 30 maggio 2008, n. 5331
- TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 26 giugno 2008, n. 853
- TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 29 ottobre 2008, n. 1480
- TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 2 dicembre 2008, n. 1553
- TAR Sardegna, Cagliari, Sez. I, 17 febbraio 2009, n. 197
- TAR Sicilia, Catania, Sez. III, 18 febbraio 2009, n. 371
- TAR Lazio, Roma, Sez. III, 29 aprile 2009, n. 4396
- TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 19 maggio 2009, n. 3758
- TAR Liguria, Sez. II, 27 maggio 2009, n. 1238
- TAR Sardegna, Sez. I, 29 maggio 2009, n. 80
- TAR Veneto, Sez. I, 15 settembre 2009, n. 2404
- TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 6 ottobre 2009, n. 2247
- TAR Lecce, Sez. III, 13 novembre 2012, n. 1871
- TAR Veneto, Sez. I, 6 marzo 2013, n. 349
- TAR Catania, Sez. III, 2013, n. 2784
- TAR Brescia, 13 gennaio 2014, n. 19