



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto privato comparato

***Il Procurement sostenibile: un'analisi comparatistica tra la
disciplina Australiana ed Europea***

RELATORE

Prof. Barbara Santa De Donno

CANDIDATO

Vittorio Ciaramelli

CORRELATORE

Prof. Eugenio Ruggiero

Matr. 124643

Anno Accademico 2017/2018

INDICE

Ringraziamenti

INTRODUZIONE

Capitolo 1: L'APPALTO VINTO DA ENEL GREEN POWER IN AUSTRALIA: IL FATTO, L'ANTEFATTO E L'ANALISI DEL BANDO DI GARA.

<i>1. L'appalto vinto da Enel Green Power nello Stato di Victoria finalizzato alla produzione e alla vendita di energia rinnovabile.....</i>	<i>8</i>
<i>1.1. L'antefatto: la politica energetica dello Stato di Victoria e il sistema federale Australiano di incentivazione della produzione di energia rinnovabile.....</i>	<i>14</i>
<i>1.2. L'approccio Australiano nella disciplina degli appalti pubblici.....</i>	<i>20</i>
<i>1.2.1. Le linee fondamentali del "Victorian Renewable Energy Auction Scheme (VREAS)".....</i>	<i>24</i>
<i>1.3. Analisi del bando di gara (RFP).....</i>	<i>30</i>
<i>1.3.1. Le prescrizioni negative contenute nel RFP.....</i>	<i>32</i>
<i>1.3.2. I criteri di ammissibilità [eligibility] delle offerte secondo il RFP.....</i>	<i>34</i>
<i>1.3.3 I criteri di valutazione e ponderazione delle offerte secondo il RFP.....</i>	<i>37</i>
<i>1.3.4 La sostenibilità ambientale e lo sviluppo locale come fili conduttori del "support agreement".....</i>	<i>39</i>

Capitolo 2: PROFILI DI SOSTENIBILITA' AMBIENTALE ED ECONOMICO-SOCIALE NEL PUBLIC PROCUREMENT: ANALISI COMPARATA DELLA DISCIPLINA AUSTRALIANA ED EUROPEA.

<i>2.1 Appalti pubblici e responsabilità sociale nella disciplina federale australiana.....</i>	<i>42</i>
<i>2.2. Il quadro normativo del procurement sociale nello stato di Victoria.....</i>	<i>50</i>
<i>2.2.1. Definizione Victoriana del procurement sociale e ambientale.....</i>	<i>52</i>
<i>2.3. L'evoluzione del procurement nella disciplina Europea: da un approccio economico all'emersione di variabili ambientali e sociali.....</i>	<i>57</i>
<i>2.3.1. Le Direttive del 2004 e il loro recepimento nel Codice degli appalti del 2006.....</i>	<i>67</i>
<i>2.3.2. Il dibattito istituzionale che ha portato alla riforma della disciplina Europea....</i>	<i>84</i>
<i>2.3.3 Le nuove Direttive sul public procurement del 2014.....</i>	<i>95</i>
<i>2.3.4. Le peculiarità ambientali e sociali del nuovo Codice degli appalti del 2016.....</i>	<i>108</i>

Capitolo 3: ANALISI DEL QUADRO NORMATIVO IN MATERIA DI ENERGIE RINNOVABILI E NUOVE ASTE COMPETITIVE IN ITALIA.

<i>Premessa.....</i>	<i>120</i>
<i>3.1. Evoluzione della disciplina in materia di energie rinnovabili in Europa.....</i>	<i>122</i>
<i>3.1.2. Sviluppo normativo delle energie rinnovabili in Italia.....</i>	<i>133</i>
<i>3.1.3. Cenni al nuovo pacchetto di direttive europee: il "Clean energy package".....</i>	<i>143</i>
<i>3.2. Lo schema di decreto FER 1 del 2018 e le nuove aste competitive.....</i>	<i>148</i>
<i>3.2.1. Analisi del parere di Arera sullo schema di decreto FER 1 del 2018.....</i>	<i>154</i>
Conclusioni.....	161

BIBLIOGRAFIA

Ringraziamenti

Ringrazio la professoressa Barbara De donno e la dottoressa Livia Ventura per avermi seguito e incoraggiato nella redazione di questa tesi.

Ringrazio il Dipartimento dell'ambiente dello Stato di Victoria e lo studio legale North Rose Fulbright per avermi reso accessibili i documenti della gara bandita dalla Stato di Victoria analizzati nel primo capitolo (non disponibili online).

Ringrazio il professor Vito Velluzzi dell'Università di Milano per avermi messo in contatto con l'avvocato Marco Silvi, responsabile dell'ufficio legale di ARERA, e con l'ingegner Andrea Galliani che con grande disponibilità mi hanno dato utili indicazioni per la stesura del terzo capitolo della tesi.

Ringrazio infine la mia famiglia e i miei più cari amici per l'incondizionato sostegno che mi hanno dato lungo tutto il percorso universitario.

INTRODUZIONE

L'argomento della tesi è il quadro normativo australiano ed europeo del *procurement* sostenibile, inteso come approvvigionamento da parte delle pubbliche amministrazioni di beni, lavori e servizi sostenibili tanto dal punto di vista ambientale quanto dal punto di vista economico-sociale. Il punto di partenza è l'analisi di un recente caso concreto: l'appalto pubblico vinto pochi mesi fa da Enel Green Power nel settore delle energie rinnovabili in Australia, dove all'esito di un'asta pubblica, la società italiana s'è aggiudicata un contratto con lo Stato di Victoria per la costruzione di un grande parco solare (il Cohuna solar park) e la conseguente produzione di energia pulita che sarà poi acquistata dallo Stato di Victoria sulla base di un accordo a lungo termine (*support agreement*). Prima di esaminare i profili di sostenibilità, al tempo stesso ambientale e sociale, sottesi all'appalto pubblico vinto da Enel Green Power, il capitolo prosegue illustrando i contenuti della politica energetica sostenibile patrocinata dallo Stato di Victoria, in linea di continuità con le recenti indicazioni federali Australiane in tema di energia prodotta da fonti energetiche rinnovabili. Il capitolo si conclude con un'analisi dettagliata del quadro normativo alla base del documento preparatorio e poi del bando di gara, fornendo una messa a fuoco generale dei profili di sostenibilità ambientale e sociale dell'appalto pubblico vinto da Enel Green Power in Australia.

Il secondo capitolo prende avvio dall'esame dei requisiti di sostenibilità posti dalle autorità Australiane alla base dell'appalto per la costruzione del parco solare e per la conseguente vendita di energia pulita da parte di Enel Green Power allo Stato di Victoria. Le normative analizzate nel corso di questo secondo capitolo sono quelle

predisposte a livello federale e poi recepite dal governo dello Stato di Victoria. Esse delineano come criterio fondamentale di aggiudicazione degli appalti pubblici una interpretazione del *value for money*, cioè della valutazione del rapporto costi/benefici, che, basandosi su profili sostanziali di sostenibilità ambientale e responsabilità sociale, non si riduce alla scelta meramente quantitativa del “costo più basso (*lowest cost*)”. Il capitolo prosegue con l’analisi comparatistica della disciplina europea degli appalti pubblici, mostrandone la lenta evoluzione da una impostazione meramente economicistica ad una graduale introduzione di clausole di natura ambientale e sociale. In una prima fase, fino alla fine degli anni Settanta del Novecento, il diritto comunitario appare esclusivamente interessato alla salvaguardia giuridica della libera competizione tra imprese private, che è alla base della logica di mercato, perciò la disciplina dei contratti pubblici si limita a garantire la libera concorrenza tra gli imprenditori. Successivamente s’assiste all’inclusione graduale di requisiti ambientali e/o economico-sociali nella disciplina degli appalti pubblici. L’evoluzione di questo percorso in termini di sostenibilità ambientale (*Green public procurement*) e sociale (*Socially responsible public procurement*) culmina nelle Direttive del 2014, le cui ricadute sulla disciplina italiana si rinvencono nel nuovo Codice degli appalti del 2016 e nei relativi interventi correttivi. L’analisi di questo sviluppo, tanto a livello di *soft law* quanto a livello normativo, è oggetto della parte finale del secondo capitolo.

Il terzo e ultimo capitolo mette a fuoco l’evoluzione della disciplina in materia di energie rinnovabili che ha avuto luogo nel contesto europeo relativamente tardi, cioè a partire Libro verde sulle energie rinnovabili del 1996, e ne analizza in seguito la trasposizione nella disciplina italiana. Questo terzo capitolo è stato concepito

come un completamento del primo capitolo, nel quale si era mostrato come la regolamentazione delle energie rinnovabili patrocinata dal governo dello Stato di Victoria aveva portato all'indizione dell'asta vinta da Enel Green Power, che ha fornito il punto di partenza di questa tesi. Ebbene, l'analisi condotta nella seconda parte del capitolo conclusivo ha per oggetto la più recente disciplina italiana di incentivazione alla produzione di energia rinnovabile (il c.d. decreto FER 1), che è impostata in sintonia con gli orientamenti provenienti dalle nuove direttive europee in materia (raccolte nel *Clean energy package* in procinto di essere adottato formalmente) e che prevede a sua volta l'indizione di svariate aste competitive a partire dai primi mesi del 2019. Gli ultimi due paragrafi sono dedicati proprio al nuovo schema di decreto di incentivazione delle fonti rinnovabili (decreto FER 1), in cui sono disciplinate due procedure competitive per accedere alle misure incentivanti, che saranno analizzate alla luce delle osservazioni contenute nel parere redatto dall' Autorità per l'energia, le reti e l'ambiente (ARERA). In conclusione, tanto nella disciplina australiana quanto nella disciplina europea, il *procurement* dimostra di essere sostenibile se realizzato attraverso modelli di gara, predisposti in modo tale da permettere un contemperamento dell'interesse economico dell'amministrazione aggiudicatrice con il rispetto di considerazioni di tutela ambientale e sociale-occupazionale.

Capitolo 1

L'APPALTO VINTO DA ENEL GREEN POWER IN AUSTRALIA: IL FATTO, L'ANTEFATTO E L'ANALISI DEL BANDO DI GARA

Sommario: 1. L'appalto vinto da Enel Green Power nello Stato di Victoria finalizzato alla produzione e alla vendita di energia rinnovabile. 1.1. L'antefatto: la politica energetica dello Stato di Victoria e il sistema federale Australiano di incentivazione della produzione di energia rinnovabile. 1.2. L'approccio Australiano nella disciplina degli appalti pubblici. 1.2.1. Le linee fondamentali del "Victorian Renewable Energy Auction Scheme (VREAS)". 1.3. Analisi del bando di gara (RFP). 1.3.1 Le prescrizioni negative contenute nel RFP. 1.3.2. I criteri di ammissibilità [eligibility] delle offerte secondo il RFP. 1.3.3 I criteri di valutazione e ponderazione delle offerte secondo il RFP. 1.3.4. La sostenibilità ambientale e lo sviluppo locale come fili conduttori del "support agreement".

L'appalto vinto da Enel Green Power nello Stato di Victoria finalizzato alla produzione e alla vendita di energia rinnovabile.

Il recente contratto sottoscritto nel settembre del 2018 tra Enel Green Power Australia Pty Ltd ¹ (controllata di Enel per l'energia prodotta da fonti rinnovabili)

¹ La sigla Pty Ltd sta per "proprietary limited company" e costituisce di fatto il modello che scelgono le imprese internazionali se intendono costituire in Australia una controllata interamente posseduta dalla società straniera, com'è il caso di Enel Green Power. Una Pty Ltd è una *company*, ossia una società di capitali – costituita da almeno uno e non più di cinquanta soci non dipendenti –, nella quale la responsabilità dei soci è limitata al valore delle azioni e il diritto degli stessi al trasferimento delle partecipazioni è soggetto a restrizioni. Inoltre tale tipo di società non può offrire pubblicamente

e lo Stato australiano di Victoria ha per oggetto la produzione di energia rinnovabile e di “certificati verdi”² provenienti da un parco solare in procinto di essere costruito, il Cohuna Solar Farm, situato nella contea di Gannawarra, ubicata nello Stato di Victoria, circa 8 chilometri a sud della città di Cohuna. L’aggiudicazione del contratto è avvenuta attraverso una gara pubblica, la “*Victorian Renewable VRET Auction*”³, indetta nel 2017 dallo Stato di Victoria, relativa a 650 MW di *renewable capacity* (ossia di energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili)⁴, generata da parchi eolici e fotovoltaici di nuova costituzione. Il contratto aggiudicato da Enel

né quote né obbligazioni e deve avere almeno un amministratore (*director*) che sia residente in Australia. Si tratta, in sostanza, di un ibrido tra una società a responsabilità limitata e una società per azioni chiusa. La fonte normativa che nel diritto australiano definisce e regola tale tipo di società è il *Corporations Act 2001 (Cth)* alla section 45 A (cfr. <https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00328>, (consultato il 18 dicembre 2018).

² Con la formula “certificato verde” si indicano iniziative miranti a promuovere, da parte dello Stato, la produzione di energia elettrica ricavata da fonti rinnovabili. Si tratta dunque di forme di incentivazione a basso impatto ambientale, che comportano l’obbligo, in capo ai produttori e agli importatori di energia “pulita”, di immettere ogni anno una certa quota di tale tipo di energia nel sistema elettrico nazionale. Il certificato verde, attestante la produzione di 1 MW di energia rinnovabile, è un titolo negoziabile (cfr. <http://www.mercatoelettrico.org/It/Mercati/CV/CosaSonoCv.aspx>, consultato il 20 dicembre 2018).

Come ha scritto Matteo Falcione, “il sistema dei certificati verdi è un istituto di incentivazione basato sui prezzi di mercato, nell’ambito del quale, in funzione dell’energia elettrica prodotta da un impianto ammesso al regime dei certificati verdi, il gestore dei servizi energetici riconosce al titolare dell’impianto il diritto a chiedere l’emissione di certificati rappresentativi di tale produzione”, M. Falcione, *Diritto dell’energia. Le fonti rinnovabili e il risparmio energetico*, Barbera Editore, Lavis (TN) 2009, p. 195.

³ Cfr. <https://www.energy.vic.gov.au/renewable-energy/victorian-renewable-energy-auction-scheme> (consultato il 7 novembre 2018).

⁴ Si intende per *renewable capacity* la capacità produttiva delle fonti rinnovabili da cui viene generata energia elettrica a basso impatto ambientale. Sulle caratteristiche delle fonti energetiche rinnovabili, cfr. M. Falcione, *Diritto dell’energia*, cit., pp. 14 e ss.

Green Power (d'ora in poi EGP) comporta in previsione la produzione di 34 MW di energia fotovoltaica⁵. Più precisamente, all'esito dell'asta al ribasso (“*reverse auction*”) per l'energia generata da fonti rinnovabili indetta dallo Stato di Victoria, EGP s'è aggiudicato l'appalto per la costruzione di uno dei parchi solari previsti dal bando di gara (“*Request For Proposal, RFP*”). Grazie a un accordo di supporto della durata di 15 anni (“*support agreement*”) già stipulato tra i due contraenti (EGP e lo Stato di Victoria), in cui sono state stabilite le condizioni contrattuali dello scambio tra le parti, lo Stato di Victoria acquisterà da EGP l'energia pulita così prodotta. L'energia e i certificati verdi, oggetto dell'accordo, dovranno provenire dal Cohuna Solar Farm, la cui costruzione avrà luogo attraverso la cooperazione di EGP con l'azienda locale Leeson Group.⁶ L'asta bandita dallo Stato di Victoria, inizialmente prevista per la produzione di 650 MW di energia rinnovabile (di cui 100 MW riservata al solare), dislocata tra i vari parchi in costruzione, è stata poi maggiorata tanto da raggiungere 928 MW in fase di aggiudicazione finale. L'intervento del Gruppo Enel, attraverso la sussidiaria Australiana, prevede un investimento di circa 42 milioni di dollari USA per la costruzione del Cohuna Solar Park, il cui inizio è previsto nei primi mesi del 2019⁷. L'asta indetta dallo Stato di

⁵Cfr. <https://www.enelgreenpower.com/it/media/press/d/2018/09/enel-green-power-si-aggiudica-contratto-per-34-mw-di-nuova-capacit-solare-in-una-gara-per-le-rinnovabili-in-australia> (consultato il 7 novembre 2018).

⁶ Leeson group è un'azienda australiana specializzata nella fornitura di attrezzature per le energie rinnovabili e nella realizzazione di impianti innovativi per la produzione di energia pulita, in modo particolare di impianti fotovoltaici. Cfr. <https://www.leesongroup.com.au/> (consultato il 20 dicembre 2018).

⁷Cfr. <https://www.energy.vic.gov.au/renewable-energy/victorian-renewable-energy-auction-scheme> (consultato il 7 novembre 2018).

Victoria va ora ricondotta al più generale contesto australiano. Infatti, l’Australia è uno dei paesi più colpiti dal riscaldamento globale, ma proprio per questo, e per la sua conformazione geografica, è al tempo stesso tra i più impegnati nella riduzione dei gas serra⁸. In questo senso, a livello federale, il governo Australiano, già nel 2000 con il *Renewable Energy (Electricity) Act*, successivamente più volte integrato ed emendato⁹, aveva incentivato la produzione di energia elettrica ricavata da fonti rinnovabili per contrastare l’inquinamento. Sulla base di questi incentivi federali, il governo dello Stato di Victoria – particolarmente attento alla tutela ambientale, come si evince dall’accurato e ben documentato sito web predisposto dal governo in materia di sostenibilità¹⁰– si propone da alcuni anni di realizzare un ambizioso progetto di rinnovamento ecologico e ambientale. In questo senso, il più recente programma dello Stato di Victoria relativo all’energia rinnovabile (“*Victorian Renewable Energy Targets*”, abbreviato in VRET¹¹), approvato nel 2018, si pone

⁸ Cfr. M. Mancini, *Clima: Australia, -40 % di gas serra entro il 2025 o crisi irreversibile*, in *GreenStyle* del 10 novembre 2014 (disponibile online https://www.greenstyle.it/clima-australia-40-di-gas-serra-entro-il-2025-o-crisi-irreversibile-121366.html?utm_source=tagnewsletter&utm_medium=email&utm_campaign=Newsletter+emissioni-co2:+greenstyle.it&utm_content=2014-11-10+clima-australia-40-di-gas-serra-entro-il-2025-o-crisi-irreversibile), (consultato il 22 novembre 2018).

⁹Cfr. *Renewable Energy (Electricity) Act 2000* disponibile online <https://www.legislation.gov.au/Details/C2016C00624> (consultato il 20 novembre 2018), su cui si veda J.Prentice, *Making Effective Use of Australia’s Natural Resources – The Record of Australian Renewable Energy Law under the Renewable Energy (Electricity) Act 2000 /Cth*, in *Renewable Energy Law and Policy*, 1, 2011, pp. 5 e seguenti.

¹⁰ Cfr. *Sustainability Victoria*, <https://www.sustainability.vic.gov.au/> (consultato il 2 dicembre 2018).

¹¹ Cfr. The State of Victoria Department of Environment, Land, Water and Planning, *Victorian Renewable Energy Target. 2017-2018 Progress Report*, 2018, disponibile online

come complementare alla regolamentazione federale in materia contenuta nel “*Mandatory Renewable Energy Target (RET)*”¹² che nella sua prima stesura risale al 2001 e che è attualmente in fase di aggiornamento. A questo punto è necessaria una precisazione sulla struttura dell’ordinamento giuridico australiano. In materia energetica e ambientale sono competenti a decidere in Australia tanto il governo federale quanto i governi dei diversi Stati. Spetta al *Council of Australian Governments (COAG)*¹³, costituito da rappresentanti del Commonwealth dell’Australia (è questo il nome completo del Paese), dei governi dei sei Stati federati e dei tre Territori più importanti, il compito di individuare gli specifici ambiti di competenza di ciascun livello governativo, per armonizzare l’eventuale divergenza di finalità. Va inoltre osservato – come scrivono E. Bertolini e G. Rando in un lungo studio sulla regolazione della produzione di energia pulita in Australia – che “le Carte costituzionali, sia federali che statali, non si occupano in alcun modo né della materia energetica né di quella ambientale. Non ne fanno menzione né nella disciplina delle competenze legislative – il che non stupisce vista la sinteticità della Costituzione federale e la competenza statale in tutte le materie di interesse appunto statale – né tantomeno nel *bill of rights*, non presente nella Carta federale né in quelle statali. Questa ‘lacuna’ non deve inoltre stupire anche alla luce di un’altra considerazione, cioè che il diritto all’ambiente è di generazione ancora

https://www.energy.vic.gov.au/_data/assets/pdf_file/0025/397123/VRET-2017-18-Progress-Report.pdf (consultato il 10 novembre 2018)

¹² Cfr. Australian Government, Department of the Environment and Energy, *The Renewable Energy Target (RET)*, in <http://www.environment.gov.au/climate-change/government/renewable-energy-target-scheme> (consultato il 10 novembre 2018).

¹³ Cfr. <https://www.coag.gov.au/> (consultato il 25 novembre 2018).

piuttosto recente. Se ne deve ad ogni modo dedurre che è agli Stati che è costituzionalmente garantita la competenza nel gestire le proprie risorse naturali e quindi, *amplius*, la competenza in maniera ambientale ed energetica. Ciò non ha comunque ostato a che il Commonwealth, a partire dagli anni '70, abbia iniziato a legistlare in materia ambientale”¹⁴. In questo senso, rispetto alle deliberazioni assunte a livello federale fin dal 2001 nel citato *Mandatory Renewable Energy Target (RET)*”, già recepite dallo Stato di Victoria nel *Victorian Renewable Energy Act 2006*¹⁵, risulta del tutto coerente la scelta con la quale il governo dello Stato di Victoria, nel giugno del 2016, s’è impegnato a portare al 25% l’energia elettrica proveniente da fonti rinnovabili entro il 2020 e contestualmente ha stabilito di raggiungere addirittura il 40% di energia proveniente da fonti rinnovabili entro il 2025¹⁶. Per tornare al caso EPG, al centro di questo studio, è importante sottolineare, in termini di sostenibilità ambientale, il carattere assai significativo delle ricadute ecologiche dell’investimento australiano effettuato dalla controllata di Enel per le rinnovabili. Volendo quantificare il guadagno ambientale così conseguito, è stato calcolato che l’energia pulita che verrà prodotta dal Cohuna

¹⁴ E. Bertolini – G. Rancio, *La regolazione della produzione di energia da fonti rinnovabili in Australia*, in *Verso una politica energetica integrata. Le energie rinnovabili nel prisma della comparazione*, a cura di E.A.Carnevale, P.Carrozza, G.Cerrina Feroni, G.F.Ferrari, G.Morbidelli, R.Orrù, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, pp. 239-278, qui p. 253.

¹⁵ Cfr. *ivi*, pp. 269-271.

¹⁶ “In June 2016, the Victorian Government committed to Victorian renewable energy generation targets of 25% by 2020 and 40% by 2025”, Victoria State Government, *Victoria's Renewable Energy Targets*, disponibile online <https://www.energy.vic.gov.au/renewable-energy/victorias-renewable-energy-targets> (consultato il 20 novembre 2018).

Solar Farm eviterà ogni anno l'emissione nell'atmosfera di circa 70.000 tonnellate di anidride carbonica (CO₂)¹⁷.

1.1. L'antefatto: la politica energetica dello Stato di Victoria e il sistema federale Australiano di incentivazione della produzione di energia rinnovabile

La gara indetta dallo Stato di Victoria, attraverso cui EGP si è aggiudicato il citato appalto pubblico, s'inserisce all'interno del piano complessivo previsto dal "Victorian Renewable Energy Auction Scheme 2018 (VREAS)"¹⁸, con il quale il governo dello Stato di Victoria si propone di regolamentare e al tempo stesso facilitare la realizzazione degli obiettivi ecologici stabiliti dal "Renewable Energy (Job and Investment) Act 2017"¹⁹, approvato il 31 ottobre del 2017. In quest'ultimo documento è contenuto inoltre il "Climate Change Act 2017"²⁰, in cui sono esplicitati sul piano legislativo gli orientamenti fondamentali della politica energetica dello Stato di Victoria, che prevedono irrinunciabili profili contenutistici di sostenibilità ambientale e socio-economica nella aggiudicazione di appalti pubblici in ambito energetico. Partendo dall'assunto che la produzione di energia

¹⁷ Cfr. <https://www.enelgreenpower.com/it/media/press/d/2018/09/enel-green-power-si-aggiudica-contratto-per-34-mw-di-nuova-capacit-solare-in-una-gara-per-le-rinnovabili-in-australia>

¹⁸Cfr. *Victorian Renewable Energy Auction Scheme 2018*, p. 1, <https://www.energy.vic.gov.au/renewable-/victorian-renewable-energy-auction-scheme> (consultato il 10 novembre 2018).

¹⁹ Cfr. *The Renewable Energy (Jobs and Investment) Act 2017 (Vic)*, disponibile online: <https://www.energy.vic.gov.au/renewable-energy/victorias-renewable-energy-targets> (consultato il 10 novembre 2018).

²⁰Cfr. *Climate Change Act, 2017*, disponibile online: <https://www.climatechange.vic.gov.au/legislation/climate-change-act-2017> (consultato il 12 novembre 2018).

elettrica secondo le tecnologie tradizionali si è rivelata al tempo stesso inquinante e dispendiosa, e perciò controproducente da ogni punto di vista, tale tipo di produzione deve senz'altro essere progressivamente rimpiazzato da un diverso tipo di produzione realizzato da *facilities* (impianti o strutture) che siano in grado di generare crescenti quantità di energia pulita e che di conseguenza abbiano come effetto un minor impatto ambientale e una migliore resa dal punto di vista economico. Attraverso il citato “Renewable Energy (Jobs and Investment) Act 2017”, il governo dello Stato di Victoria ha esplicitato i profili di sostenibilità che devono presiedere agli appalti pubblici relativi alla produzione di energia da fonti rinnovabili. In tal modo, la predisposizione di profili di sostenibilità ambientale come requisito indispensabile nell’aggiudicazione degli appalti pubblici diventa il principale strumento giuridico per dare spazio al riconoscimento delle istanze ambientali ed ecologiche nella disciplina dei contratti pubblici, proponendosi altresì di incentivare e perciò rendere convenienti alle imprese i comportamenti socialmente ed ecologicamente responsabili. Le decisioni del governo dello Stato di Victoria in materia di energia rinnovabile qui riferite sono in linea con le precedenti prese di posizione del governo federale. Riguardo al tema della sostenibilità ambientale, va preliminarmente osservato che in linea generale l’Australia, “in ragione della ricchezza di fonti fossili di energia”, è un paese che “incontra numerose difficoltà nella conversione del sistema di produzione verso fonti pulite e rinnovabili”²¹. A causa di questa difficoltà, la responsabilità

²¹ E. Bertolini – G. Rancio, *La regolazione della produzione di energia da fonti rinnovabili in Australia*, in *Verso una politica energetica integrata. Le energie rinnovabili nel prisma della comparazione*, cit., p. 240.

dell’Australia rispetto all’emissione GHG, cioè di gas a effetto serra (*Greenhouse Gases*), sono considerevoli. E’ stato lo stesso governo federale a diffondere recentemente i dati, da cui risulta che anche nel corso del 2018 le emissioni di gas serra sono aumentate di 3,4 milioni di tonnellate²². Proprio poichè il settore elettrico è il primo responsabile di questo aumento delle emissioni, dal momento che buona parte dell’energia elettrica finora proviene ancora dal carbone, si diffonde sempre più l’esigenza di incrementare la produzione di energia provenienti da fonti rinnovabili, per la cui realizzazione il governo federale ha previsto una serie di incentivi, che mirano a contrastare il vero e proprio *exploit* del gas naturale liquido, di cui sono aumentate la produzione e l’esportazione, ma che si è rivelato altamente inquinante, tanto se non più del carbone²³. Ed allora, proprio perché il ruolo dell’Australia tra i Paesi inquinanti è stato significativo, il governo federale fin dal 2001, attraverso il già citato *Mandatory Renewable Energy Target (RET)*²⁴, aveva imposto “l’obbligo per i grossisti acquirenti (*wholesale purchasers*) di contribuire proporzionalmente con una generazione addizionale di 9.500 Gigawatt/ora (GWh) derivanti da fonti rinnovabili entro il 2010. L’obiettivo richiesto fu effettivamente raggiunto nel 2006, con quattro anni di anticipo rispetto alla scadenza, il che se da un lato rappresentò un risultato apprezzabile dall’altro generò una stagnazione nella crescita della capacità di produzione di rinnovabili tra

²² Cfr. <http://www.meteoweb.eu/2018/12/emissioni-gas-serra-australia/1188233/> (consultato il 27 dicembre 2018).

²³ <http://www.rinnovabili.it/ambiente/australia-gas-serra-aumentano-terzo-anno-consecutivo/> (consultato il 27 dicembre 2018).

²⁴ Cfr. Australian Government, Department of the Environment and Energy, *The Renewable Energy Target (RET)*, cit.

il 2005 e il 2007 per il prematuro raggiungimento della quota”²⁵. Dai rapporti sullo stato dell’energia in Australia, pubblicati trimestralmente dal governo federale e disponibili online²⁶, si ricava inoltre che la politica energetica portata avanti dal governo federale nell’ultimo decennio ha come obiettivo fondamentale il superamento di tale “stagnazione” attraverso l’incentivazione della produzione di energia da fonti rinnovabili in vista della realizzazione dell’obiettivo fondamentale consistente nella riduzione di emissioni di anidride carbonica. In questo contesto, il governo dello Stato di Victoria, recependo le indicazioni federali, ha promulgato una legislazione mirante a promuovere sul territorio la produzione di energia da fonti rinnovabili²⁷, che nel 2017 è culminata nel “Renewable Energy (Jobs and Investment) Act 2017”. All’interno di quest’ultimo è stato inserito il “Victorian Renewable Energy Targets (VRET)” che stabilisce sul piano normativo gli obiettivi concreti della politica energetica sostenibile dello Stato di Victoria. Le incentivazioni alla produzione di energia da fonti rinnovabili presenti nel VRET hanno ricadute dirette sulla normativa riguardante l’aggiudicazione degli appalti pubblici. In altri termini, l’obiettivo concreto definito dalle norme sulle energie

²⁵ E. Bertolini – G. Rancio, *La regolazione della produzione di energia da fonti rinnovabili in Australia*, in *Verso una politica energetica integrata. Le energie rinnovabili nel prisma della comparazione*, pp. 243-244.

²⁶ Australian Government, Department of Industry, Innovation and Science, *Resources and Energy Quarterly: All*, dicembre 2018, in <https://www.industry.gov.au/data-and-publications/resources-and-energy-quarterly-all> (consultato il 27 dicembre 2018).

²⁷ Cfr. E. Bertolini – G. Rancio, *La regolazione della produzione di energia da fonti rinnovabili in Australia*, in *Verso una politica energetica integrata. Le energie rinnovabili nel prisma della comparazione*, p. 260, ove ci si riferisce in modo particolare all’ *Energy Legislation Amendment Act 2007* e successivamente all’ *Electricity Industry Amendment (Premium Solar Feed in Tariff) Act 2009*.

rinnovabili diventa il criterio fondamentale di eleggibilità che l'amministrazione pubblica dovrà seguire nelle procedure di aggiudicazione degli appalti. Anziché enunciare norme generali e astratte, il nucleo fondamentale del VRET esplicita il vero *target*, cioè l'obiettivo concreto delle disposizioni normative sull'energia prodotta da fonti rinnovabili. Tale obiettivo è costituito dalla transizione graduale alla produzione di energia pulita proveniente da fonti rinnovabili, a causa della maggiore sostenibilità ambientale e socio-economica di quest'ultima rispetto a quella prodotta con tecnologie tradizionali, che si rivela più inquinante e alla lunga più costosa. Acquistano perciò particolare valore programmatico le parole che introducono il VRET: "Questa legge fa parte di un pacchetto di riforme politiche volte a far nascere investimenti e occupazione nello Stato di Victoria, garantendo un'economia sostenibile per le generazioni attuali e future"²⁸. E' interessante notare che questo complessivo programma politico di riforme ecologiche e ambientalistiche, e anche delle sue ricadute economico-sociali, fa sua la definizione di *sviluppo sostenibile* risalente al famoso Rapporto Brundtland (pubblicato nel 1987 dalla Commissione mondiale sull'ambiente e lo sviluppo, WCED), secondo il quale può definirsi sostenibile quello sviluppo che mira a "far sì che esso soddisfi i bisogni dell'attuale generazione senza compromettere la capacità di quelle future di rispondere alle loro esigenze"²⁹. Lo Stato di Victoria riconosce inoltre che "la

²⁸ "The Act is part of a package of policy reforms designed to deliver investment and employment in Victoria, ensuring a sustainable economy for current and future generations", *The Renewable Energy (Jobs and Investment) Act 2017 (Vic)*, cit., p. 1.

²⁹Il Rapporto Brundtland continua con queste parole: "Lo sviluppo sostenibile, lungi dall'essere una definitiva condizione di armonia, è piuttosto processo di cambiamento tale per cui lo sfruttamento delle risorse, la direzione degli investimenti, l'orientamento dello sviluppo tecnologico

diminuzione del costo delle tecnologie relative alle energie rinnovabili – essenzialmente l'eolico e il solare – le rende più competitive nel mercato dell'energia rispetto alle tecnologie tradizionali”³⁰. Su queste basi, per realizzare l'ambizioso programma politico fatto proprio dal VRET, il governo dello Stato di Victoria intende approfittare della redditività al tempo stesso economica ed ecologica delle nuove tecnologie solari ed eoliche. Una simile confluenza tra gli obiettivi ambientalisti (fondamentalmente la conversione all'energia pulita per ridurre l'emissione di gas serra) e lo sviluppo del mercato nel settore delle energie rinnovabili è al centro del VRET. Non a caso, nel primo Progress Report presentato dal Ministero dell'Ambiente dello Stato di Victoria, si dice che: “La mole degli investimenti del settore privato è cresciuta; recenti informazioni di mercato dimostrano che gli accordi di acquisto di energia (PPA) da parte di aziende con impianti di energia rinnovabile stanno diventando più diffusi. Nello Stato di Victoria, oltre 800 MW di nuove capacità di energia rinnovabile sono stati contrattati attraverso i PPA aziendali nell'anno finanziario 2017-18. Prima del 2017-18, non un solo MW di capacità di energia rinnovabile era stato contrattato

e i cambiamenti istituzionali siano resi coerenti con i bisogni futuri oltre che con gli attuali. (...) "Il soddisfacimento di bisogni essenziali (*basic needs*) esige non solo una nuova era di crescita economica per nazioni in cui la maggioranza degli abitanti siano poveri ma anche la garanzia che tali poveri abbiano la loro giusta parte delle risorse necessarie a sostenere tale crescita. Una siffatta equità dovrebbe essere coadiuvata sia da sistemi politici che assicurino l'effettiva partecipazione dei cittadini nel processo decisionale, sia da una maggior democrazia a livello delle scelte internazionali", Rapporto della Commissione Brundtland, *Il futuro di tutti noi*, 1987, in <http://www.isprambiente.gov.it/files/agenda21/1987-rapporto-brundtland.pdf> (consultato il 13 dicembre 2018).

³⁰The State of Victoria Department of Environment, Land, Water and Planning, *Victorian Renewable Energy Target.2017-2018 Progress Report*, 2018, cit., p. 3.

attraverso i PPA aziendali nello Stato di Victoria. Questo dato è il riflesso del miglioramento della fiducia degli investitori nello Stato Victoria nonché il riflesso della competitività dei costi delle energie rinnovabili”³¹. Da queste parole appare chiaramente che il compito prefissato dallo Stato di Victoria nel campo delle energie rinnovabili è duplice: esso consiste da un lato nella determinazione degli obiettivi delle politiche ecologiche e, dall’altro, nella facilitazione del coinvolgimento dei privati, il cui intervento nel mercato dell’energia è sollecitato dalla buona redditività di questo tipo di investimento. In entrambi i casi, il quadro normativo o *legal framework* predisposto dal diritto australiano privilegia la determinazione contenutistica degli scopi o degli obiettivi che si prefigge la disciplina degli appalti pubblici. Questi ultimi, proprio per questa ragione, come in seguito si vedrà in dettaglio, danno un’importanza decisiva ad una *rigorosa tempistica* nella realizzazione effettiva di tali obiettivi.

1.2. L’approccio Australiano nella disciplina degli appalti pubblici.

A livello federale in Australia la disciplina degli appalti pubblici è regolata da una serie di norme vincolanti (“*mandatory rules*”), la cui ultima formulazione è la

³¹ “*Private sector investment has increased, with recent market information showing that corporate Power Purchasing Agreements (PPAs) with renewable energy facilities are becoming more prevalent. In Victoria, more than 800 MW of new renewable energy capacity has been contracted through corporate PPAs in the 2017-18 financial year. Prior to 2017-18, not a single MW of renewable energy capacity had been contracted through corporate PPAs in Victoria. This reflects the improving investor confidence in Victoria and cost competitiveness of renewables*”. Ivi, pp. 3-4.

versione del “*Commonwealth Procurement Rules (CPRs)*” (sottotitolo: *Achieving value for money*) la cui entrata in vigore è stata fissata a gennaio 2019 in sostituzione della versione entrata in vigore nel gennaio 2018³². Benché, in materia di appalti pubblici, la disciplina australiana, per quanto riguarda il rispetto dell’ambiente e i profili di sostenibilità sociale ed economica, sia caratterizzata dal predominio del *soft law* (da intendersi in senso ampio come insieme di iniziative pubbliche o private che acquistano piena giuridicità solo mediante la loro traduzione in norme effettive in testi legislativi, sentenze o contratti³³) e, da questo punto di vista, appaia dunque notevolmente diversa da quella in vigore nel diritto europeo, va ricordato che l’Australia ha avanzato formale richiesta – già nel 2015, poi rinnovata e integrata nel 2016 e nel 2017 – di adesione all’accordo multilaterale sugli appalti pubblici nel quadro dell’Organizzazione Mondiale del Commercio, accordo al quale ha già da tempo aderito l’Unione Europea. In un documento della Commissione Europea del settembre 2018 si afferma al riguardo che “la legislazione dell’Australia in materia di appalti pubblici risulta essere aperta, trasparente e non discriminatoria, in linea con i requisiti dell’accordo”³⁴. Per meglio comprendere il contesto australiano dei profili di sostenibilità nella disciplina giuridica degli appalti pubblici, è opportuno fare subito riferimento all’analisi del

³² Australian Government, Department of Finance, *Commonwealth Procurement Rules CPRs. Achieving value for money*: le due versioni sono entrambe disponibili online:<https://www.finance.gov.au/procurement/commonwealth-procurement-rules/> (consultato il 18 novembre 2018).

³³ Cfr. Baldassarre Pastore, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e diritto*, 2003, 1, pp. 5-16.

³⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52018PC0622> (consultato il 22 novembre 2018).

quadro normativo del *procurement* condotta da Marta Andrecka in un'analisi comparativa delle partnerships pubblico-private nel contesto europeo e nella prospettiva australiana³⁵. L'indagine condotta dall'autrice confronta il sistema europeo degli appalti pubblici che, come è noto, risulta fortemente regolamentato (basato da ultimo sulle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE che, come si approfondirà in seguito, hanno riscritto la disciplina dei contratti pubblici relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi nonché quelle relative alle concessioni³⁶), con il diritto australiano in cui si riscontra un approccio parzialmente deregolamentato. Nel contesto australiano, infatti il quadro normativo di riferimento lascia ampi spazi alla capacità negoziale e alla flessibilità delle stazioni appaltanti nella regolamentazione della specifica gara pubblica (e, come già detto, molto è contenuto in strumenti di *soft law* e demandato all'utilizzo di *best practices*). Alla legislazione dell'Unione Europea specificamente rivolta alla regolamentazione degli appalti pubblici corrisponde in Australia il diritto contrattuale e il diritto della concorrenza. In tal modo, la prospettiva giuridica australiana si basa prevalentemente “su fonti private di diritto, quali il diritto dei contratti, il diritto della concorrenza e il diritto del consumatore (*on private sources of law such as contract law and competition and consumer law*)”: perciò Marta Andrecka parla di un “*deregulatory approach*” prevalente nell'ordinamento giuridico australiano, “*understood as non-regulation*

³⁵Marta Andrecka, *Legal Framework for the Procurement of Public-Private Partnerships – An Australian Perspective in the European Union Context (January 1, 2015)*, in “Scandinavian Studies in Law”, Vol 61 *Comparative Law* <https://ssrn.com/abstract=2910909>, pp. 386-408.

³⁶ Cfr. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0018>

*or low regulation of an area. In the context of the Australian system, a deregulation is understood as lack of one cohesive and legally binding procurement framework for the award of a PPP (public-private partnerships) contract*³⁷.

Non solo nel caso dei partenariati tra imprese pubbliche e private, e dei contratti che le rendono possibili, ma anche nel caso che ci interessa, in cui lo Stato stipula, all'esito dell'aggiudicazione, contratti con imprese private, questa "mancanza di un quadro normativo coeso e legalmente vincolante [*lack of one cohesive and legally binding procurement framework*]", tipico della prospettiva australiana, non impone ai poteri pubblici *rigidi vincoli formali* nella concessione degli appalti, riconoscendo flessibilità e discrezionalità. Ciò non vuol dire, tuttavia, che nel caso australiano non sia presente alcun tipo di vincolo per effetto delle disposizioni normative. Come si vedrà più in dettaglio nel capitolo seguente, la disciplina australiana prevede tutta una serie di requisiti per l'aggiudicazione degli appalti. E questi ultimi prendono di mira direttamente gli aspetti finalistici, e cioè la realizzazione degli obiettivi, tra i quali, nel caso che ci interessa, quelli legati alla sostenibilità tanto ambientale quanto socio-economica. Va ribadito che gli obiettivi del piano energetico australiano sono stati stabiliti a livello federale, prima che dai singoli Stati. In questo senso, come già accennato, il VRET (cioè la determinazione normativa del *target* stabilito dal governo dello Stato di Victoria relativamente alle energie rinnovabili) è complementare al precedente *Federal Renewable Energy Target (RET)*³⁸, cioè agli obiettivi ecologici in materia di energie rinnovabili,

³⁷ Ivi, pp. 386-7.

³⁸Cfr. *The Renewable Energy Target (RET)*, in <http://www.environment.gov.au/climate-change/government/renewable-energy-target-scheme> (consultato il 10 novembre 2018).

normativamente fissati a livello federale in Australia. L'esplicitazione di questa complementarità mira esattamente a superare ogni persistente incertezza intorno al contenuto del RET federale, contribuendo così alla sua realizzazione già nel 2020³⁹. In realtà, l'energia elettrica generata da fonti rinnovabili attualmente contribuisce al 17% del totale dell'energia pubblica prodotta nello Stato di Victoria, mentre per uso domestico migliaia di privati hanno già installato sui tetti delle loro abitazioni pannelli solari. L'obiettivo ecologico più importante previsto dal VRET comporta, entro il 2020, il raggiungimento di almeno il 25% di energia elettrica statale prodotta da fonti rinnovabili, per poi passare al 40% entro il 2025⁴⁰. Queste due scadenze temporali concrete costituiscono l'obiettivo fondamentale delle disposizioni normative che nello Stato di Victoria vincolano la politica energetica alla sostenibilità ambientale.

1.2.1. Le linee fondamentali del “Victorian Renewable Energy Auction Scheme (VREAS)”.

Per rendere concreti ed efficaci gli obiettivi ecologici precisati e regolamentati dal “Victorian Renewable Energy Targets (VRET)”, il governo dello Stato di Victoria, all'indomani dell'approvazione del VRET, ha emanato uno schema per le aste pubbliche in programma nel campo delle rinnovabili (VREAS), che mira al raggiungimento delle politiche ambientali esplicitate nel VRET, ma si propone di raggiungere questo obiettivo lasciando al governo adeguata flessibilità e adattabilità

³⁹ *Victorian Renewable Energy Auction Scheme 2018*, cit. p.2,.

⁴⁰ *Victorian Renewable Energy Target*, cit., p. 2.

dello schema ove ciò si renda necessario per far fronte alle contingenze del caso. Prima di fare riferimento al bando di gara (RFP) che si è aggiudicato EPG, s'impone perciò un esame più dettagliato delle linee fondamentali del VREAS e delle loro implicazioni giuridiche quale quadro di riferimento generale. Per garantire che l'attività di sviluppo sostenibile sia avviata e si traduca nella realizzazione di buoni progetti, come chiarito da un documento elaborato dalla società australiana Edify Energy, specializzata nel campo delle energie rinnovabili, il modello di bando di gara predisposto dallo Stato di Victoria ritiene indispensabili “*policy and mechanism clarity, and lead-time*”⁴¹. Di conseguenza, come affermato dalla Edify Energy, se il Dipartimento dell'ambiente non costruirà “un'asta molto chiara e precisa (*very clear and firm auction*)” sia nei contenuti (il che comporta la determinazione di specifici dettagli del meccanismo dell'asta e dei criteri di ammissibilità [*eligibility*]), sia soprattutto nella tempistica, l'incertezza accrescerà il “rischio che venga meno una riserva di progetti adeguati a realizzare gli obiettivi del Governo per il 2020 e il 2025”⁴². Per questa ragione, confermando l'importanza centrale degli obiettivi fissati dalle disposizioni normative, il governo dello Stato di Victoria ha stabilito una linea di frattura tra il 2020 e il 2025, in modo da rendere subito effettive le decisioni più urgenti. Il VREAS comporta inoltre criteri di

⁴¹ Edify Energy Pty Ltd, *Victorian Energy Auction Scheme. Consultation Paper Response*, p. 1 in https://www.energy.vic.gov.au/_data/assets/pdf_file/0024/43944/Edify-Energy.pdf (consultato il 6 novembre 2018).

⁴² ... “*increase the risk that there will not be a pipeline of projects ready to meet the Government's 2020 and 2025 targets*”, *Ibid.*

⁴² ... “*increase the risk that there will not be a pipeline of projects ready to meet the Government's 2020 and 2025 targets*”, *Ibid.*

partecipazione vincolanti (*mandatory participation criteria*) ai quali devono attenersi tutti i potenziali proponenti nel presentare la loro offerta. Come è stato efficacemente riassunto in un documento dello studio legale Herbert Smith Freehills (disponibile in rete)⁴³, la prima asta è aperta a tutte le forme di produzione di energia rinnovabile, a patto che i relativi progetti siano conformi ai contenuti precisati nel “Renewable Energy (Job and Investment) Act 2017”⁴⁴. Anche se l’insieme dei criteri dirimenti per la partecipazione al bando è precisato nel bando di gara (RFP), che come detto sarà analizzato nel seguito di questo capitolo, tuttavia il governo dello Stato di Victoria nel VREAS aveva già definito i seguenti criteri di partecipazione ed ammissibilità [*eligibility*]⁴⁵.

1. Ogni potenziale proponente deve incominciare le operazioni commerciali per la realizzazione del progetto prima dell’ultimo quadrimestre del 2020.
2. Ogni progetto deve essere nuovo, benché questa definizione si applichi anche all’allargamento di progetti esistenti, a porzioni di nuovi progetti o a progetti che non abbiano ancora raggiunto la propria fase conclusiva.
3. Il progetto deve essere connesso al Mercato Elettrico Nazionale (NEM) attraverso un singolo punto di connessione.
4. Il progetto non deve essere inferiore a 10 MW.

⁴³Cfr, Gerard Pike, Alison Dodd and Kathryn Wright, *Addenda: Further Details on the Victorian Renewable Energy Auction Scheme Released*, Legal Briefings, 31 August 2017, in <https://www.herbertsmithfreehills.com/latest-thinking/addenda-further-details-on-the-victorian-renewable-energy-auction-scheme-released> .

⁴⁴ Cfr. *The Renewable Energy (Jobs and Investment) Act 2017 (Vic)*, <https://www.energy.vic.gov.au/renewable-energy/victorias-renewable-energy-targets>

⁴⁵ Cfr. *Victorian Renewable Energy Auction Scheme 2018*, cit.

5. Il progetto deve avere un permesso di pianificazione attuale rilasciato dall'autorità competente.

Il governo dello Stato di Victoria ha inoltre stabilito che un criterio di valutazione chiave per l'esame delle offerte deve essere il “*value for money*”, che, come specificato meglio in seguito, va fin da ora inteso tanto come “rapporto costi/benefici” quanto come “ottimizzazione delle risorse” in termini di sostenibilità ambientale e socio-economica. Nel momento della selezione, sarà privilegiata l'offerta che in termini di ponderazione percentuale dimostrerà di aver meglio realizzato la sintesi tra il risparmio economico per i contribuenti e la sostenibilità ambientale e sociale⁴⁶. L'intreccio di queste due esigenze costituisce, infatti, il filo conduttore fondamentale della scelta per la valorizzazione e l'implementazione delle energie rinnovabili da parte dello Stato di Victoria. Con i proponenti le cui offerte si aggiudicheranno l'appalto, il governo dello Stato di Vittoria stipulerà un accordo di supporto (“*support agreement*”) quindicennale, in forza del quale il proponente diventerà fornitore del governo, gli venderà l'energia pulita prodotta e sarà pagato attraverso un “*hybrid payment mechanism*”. Questo meccanismo di pagamento è detto ibrido perché è caratterizzato da un mix di meccanismi di pagamento: un pagamento attraverso un contratto variabile per differenza (CfD) e un pagamento a prezzo fisso (FP). Si tratterà dunque di un pagamento a due vie (*two way payment*) che sarà attuato su base mensile: un “prezzo fisso” CfD (*a CfD “strike price*”) sarà stabilito dallo Stato nel RFP per ogni MW di elettricità generata attraverso tecnologie dolci. Il pagamento dovuto al proponente per ogni

⁴⁶ Cfr. *Ibid.*

MW di elettricità sarà la differenza tra il “prezzo fisso CfD” e il prezzo del MW nel bacino del relativo mercato all’ingrosso. Se quest’ultimo è inferiore al “prezzo fisso CfD”, lo Stato dovrà al proponente la differenza. Se invece il prezzo del MW nel bacino del mercato all’ingrosso è superiore al prezzo fisso CfD, al proponente verrà chiesto di pagare la differenza allo Stato. I partecipanti all’asta presenteranno la loro offerta relativa al pagamento a prezzo fisso (*FP payment*), che verrà pagato trimestralmente sulla base del prezzo annuo di ogni MW. Lo Stato propone che il pagamento a prezzo fisso rifletta il reddito richiesto dal proponente, in aggiunta al pagamento CfD, per sostenere il progetto⁴⁷. Oltre a prevedere le forme del pagamento dell’energia prodotta da fonti rinnovabili, il “*support agreement*” presenta alcune caratteristiche generali, che però saranno precisate dal bando di gara (RFP), tra le quali meritano di essere segnalate le seguenti:

⁴⁷ Ecco le parole del già citato *legal briefing* dello studio Herbert Smith Freehills riassunte nel testo: “The hybrid payment mechanism is described as comprising a mix of a variable contract-for-difference payment (CfD) and a fixed-price payment (FP). The CfD is a two way payment to be paid on a monthly basis. A CfD ‘strike price’ will be set by the State in the RFP for \$/MWh of eligible electricity generated. The payment owed for each MWh of electricity will be the difference between the CfD strike price and the price of the MWh in the relevant wholesale market pool. This CfD payment mechanism is two-way as either the State or the proponent may owe payment to the other depending on the difference between the CfD strike price and the price of the MWh in the wholesale market pool. Where the price of the MWh in the wholesale market pool is below the CfD strike price, the State will owe the proponent the difference. On the other hand, where the price of the MWh in the wholesale market pool is above the CfD strike price, the proponent will be required to pay the difference to the State. Bidders will bid the level of the FP payment. This FP payment will be paid quarterly on the basis of \$/MW/year. The State proposes that the FP payment reflects the revenue that the proponent requires, in addition to the CfD payment, to support the project”, Gerard Pike, Alison Dodd and Kathryn Wright, *Addenda: Further Details on the Victorian Renewable Energy Auction Scheme Released*, Legal Briefings, 31 August 2017, cit.

1. Diritti di risoluzione (*termination rights*) per le due parti al verificarsi di eventi specifici.
2. Interazione tra il VREAS e il *Federal Renewable Energy Target* (RET), secondo la descrizione che verrà fornita nel RFP.
3. Le linee-guida del progetto circa la costruzione degli impianti, la loro messa in servizio e le operazioni di manutenzione⁴⁸.

La pubblicazione del bando di gara, (*Request for Proposal, RFP*), avvenuta nel novembre del 2017, ha dato inizio alla procedura con cui s'è aperta "l'asta al contrario" (*reverse auction*), attraverso cui il governo dello Stato di Victoria si è proposto di stipulare contratti con gli aggiudicatari a sostegno di 650 MW di nuova generazione di energia rinnovabile. Il vero e proprio bando di gara (RFP) sviluppa e precisa ulteriormente il contenuto del Support Agreement. In ogni caso, un *pre-requisito indispensabile* alla partecipazione stabilito nel VREAS è legato alla capacità dei proponenti/offerenti di cominciare le operazioni commerciali *prima dell'ultimo trimestre del 2020*, in modo da consentire, entro questa data, la creazione dei certificati di produzione su larga scala (*Large-scale Generation Certificates – LGCs*), il che senza dubbio conferma il carattere imprescindibile della tempistica (*lead-time*). I vincitori dell'asta avranno l'obbligo di accreditarsi sotto il RET federale e per questo motivo il governo dello Stato di Victoria ha precisato che il VREAS opererà come complemento del RET federale prima del 2020 e dopo il 2020 invece sarà aggiuntivo. Per rendere possibile tale complementarietà tra VREAS e RET federale, il governo dello Stato di Victoria ha

⁴⁸ Cfr. *Ibid.*

delineato “*two LGCs treatment pathways*”, cioè due percorsi di trattamento per il rilascio dei certificati circa la produzione su larga scala. Lo Stato potrà scegliere il percorso preferito sulla base dell’esame del complessivo “*value for money*” (nel già segnalato duplice senso di rapporto costi/benefici e ottimizzazione delle risorse).

Il governo dello Stato di Victoria esige che ogni partecipante all’asta fornisca due offerte: una che includa la cessione allo Stato di Victoria di tutti i certificati (LGCs) generati dal progetto, con la conseguente rivendita dei LGCs da parte del governo dello Stato di Victoria; e una seconda offerta che non includa la cessione dei LGCs al governo dello Stato di Victoria, con il conseguente mantenimento dei LGCs in capo al proponente. In tal modo, al momento opportuno, sarà riservato all’ente pubblico il compito di scegliere l’offerta socialmente ed economicamente preferibile.

1.3. Analisi del bando di gara (RFP).

In applicazione delle linee guida stabilite dal governo dello Stato di Victoria e ora esaminate, è stato redatto e pubblicato il bando di gara, denominato “*Request for Proposal (RFP)*”. Si tratta di un documento che non risulta disponibile online e che perciò è stato necessario richiedere direttamente agli uffici del Ministero dell’ambiente dello Stato di Victoria⁴⁹. Come in ogni RFP, in questo documento

⁴⁹Il “*Request for Proposal package for the 2017 Victorian Renewable Energy Targets reverse auction*”, generalmente abbreviato in RFP, non è un documento disponibile online. Deve essere richiesto direttamente al Ministero dell’Ambiente da chi è interessato ad averne conoscenza. Ho scritto all’indirizzo elettronico del dipartimento dell’Ambiente dello Stato di Victoria (VRETAuction@delwp.vic.gov.au) e il RFP mi è stato gentilmente inviato, unitamente ad alcuni Addenda; perciò ringrazio vivamente il Department of Environment, Land, Water and Planning e

sono definite le condizioni di partecipazione all'asta e di conseguenza vengono stabiliti tanto i criteri di valutazione del "rapporto qualità-prezzo" delle proposte, quanto il quadro generale della *governance* che presiederà alla loro esecuzione.

Più precisamente, attraverso il RFP, il governo dello Stato di Victoria, per soddisfare l'esigenza di approvvigionamento (*procurement*) pubblico di energia pulita e sostenibile, bandisce un'asta rivolta ai privati che abbiano interesse a produrre energia rinnovabile e al tempo stesso sollecita la presentazione di offerte commerciali da parte dei potenziali partecipanti. È importante osservare in via preliminare che il format dell'asta bandita dal RFP corrisponde alla cosiddetta "*reverse auction*" o *asta al contrario o al ribasso*, in cui acquirente e venditore non competono offrendo prezzi sempre più alti per ottenere beni o servizi, come accade nell'asta ordinaria. Invece il format della *reverse auction* prevede che i ruoli di acquirente e venditore siano invertiti, e sarà prescelto l'offerente che propone, tra le altre cose, il prezzo più basso⁵⁰. Se questa è la definizione generale di "asta al ribasso", c'è però da aggiungere che nel caso che stiamo analizzando, il bando di gara (RFP), applicando le già citate disposizioni normative previste dal VRET (che,

ringrazio inoltre la dott.ssa Jacqueline Plant, Senior Associate dello studio legale North Rose Fulbright Australia, che mi ha comunicato i seguenti link a due *briefing papers* sul RFP preparati dallo studio legale di cui fa parte (consultati entrambi il 7 dicembre 2018):

<http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/158285/victorias-renewable-energy-target-auction-scheme-now-open-for-bids>

<http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/155711/new-legislation-to-stimulate-victorias-renewables-sector>

⁵⁰ Cfr. Sandro Brusco, "Ma cos'è un'asta al contrario?", *La voce.info*, 30 settembre 2008, disponibile online <https://www.lavoce.info/archives/25179/ma-cose-unasta-al-contrario/> (consultato il 20 novembre 2018). Cfr. anche Lucia Parisio, *Meccanismi d'asta*, Carocci, Roma 1999.

come detto, parla di “*a package of policy reforms designed to deliver investment and employment in Victoria, ensuring a sustainable economy for current and future generations*”), precisa che l’approvvigionamento pubblico di energia rinnovabile sarà concesso al proponente che farà l’offerta non solo più conveniente dal punto di vista economico ma anche più convincente dal punto di vista sostenibile ampiamente inteso. Di conseguenza, i criteri di ammissibilità in base ai quali determinare i vincitori dell’asta, prenderanno di mira in maniera fondamentale gli aspetti legati allo sviluppo sostenibile dell’ambiente e ai benefici che ne possono derivare alla comunità locale.

1.3.1. Le prescrizioni negative contenute nel RFP.

In linea generale un bando di gara ha lo scopo di fornire la determinazione generale delle norme o regole (*rules*) in conformità o in ottemperanza (*compliance*) alle quali dovranno essere formulate dai proponenti le loro proposte di partecipazione all’asta. Nella sua prima parte il bando (RFP) in questione contiene una serie di prescrizioni negative. Tra le più importanti, si segnalano quelle preliminarmente contenute nelle clausole 4.3 e 4.5 in cui sono espressamente vietati i comportamenti anticoncorrenziali, le comunicazioni e le attività promozionali tra i proponenti e i membri (o i consulenti) del Dipartimento dell’ambiente (con l’ovvia esclusione della richiesta di chiarimenti o informazioni sul bando di gara, esplicitamente menzionata nella clausola 4.2) e soprattutto la divulgazione e lo scambio di informazioni (tanto con membri dello staff quanto con altri proponenti) relative all’offerta da presentare. E’ inoltre vietata la ricerca di “assistenza impropria”, come precisa la clausola 4.4: “*Proponents must not seek or obtain the assistance of*

employees, agents or contractors of the State in the preparation of their Proposals”.

Il ricorso a comunicazioni non autorizzate, a pratiche anticoncorrenziali o ad assistenza impropria comporta l’esclusione del proponente: *“Proponents must not otherwise engage in any activities that may be perceived as, or that may have the effect of, influencing the outcomes of the RFP Process in any way. Unauthorised communications with such persons may, in the absolute discretion of the State, lead to disqualification of a Proponent”* (clausola 4.3).

Merita particolare attenzione il riferimento alla prevenzione di eventuali conflitti di interesse, contenuto nella clausola 4.7, secondo la quale ogni gruppo o società proponente deve assicurarsi che nessuno dei suoi addetti e/o consulenti sia in una posizione che durante il bando di gara possa dar luogo a conflitti – attuali, potenziali o anche solo percepiti – tra gli interessi dello Stato e quelli del proponente. Una volta presentata una proposta, se emerge o potrebbe emergere un conflitto d’interesse che non era stato esplicitato nella proposta stessa, il proponente deve immediatamente notificarlo alla segreteria del progetto, pena l’esclusione dallo stesso. In conclusione, va segnalato, che qualunque tipo di reclamo o ricorso (*complaint*), come si evince dalla clausola 4.6, dovrà essere rivolto alla Segreteria del Progetto.

1.3.2. I criteri di ammissibilità [eligibility] delle offerte secondo il request for proposal (RFP).

In applicazione e sviluppo di ciò che era già stato stabilito nel VREAS, il bando di gara (RFP) precisa i seguenti criteri di ammissibilità (*eligibility criteria*) tanto per la partecipazione all'asta quanto per la sottoscrizione dell'accordo di supporto ("*support agreement*"), col quale, come sappiamo, il governo dello Stato di Victoria s'impegna ad acquistare l'energia pulita prodotta dal vincitore dell'asta.

È fondamentale che i partecipanti all'asta siano in grado di dare inizio alle operazioni commerciali relative al bando di gara *prima dell'ultimo quadrimestre del 2020* in modo da rendere possibile l'ottenimento dei certificati di produzione su larga scala (LGCs) prima della fine del 2020.

I criteri di ammissibilità stabiliti nella clausola 5.2 del RFP riguardano i potenziali partecipanti all'asta che devono essere "*a non-tax exempt Australian company or subsidiary under the Corporations Act 2001 (Cth) or a wholly or majority owned Commonwealth or Australian state or territory government body*". Al riguardo, la clausola 6.2 precisa che il proponente deve indicare una "*contracted entity*" che sia legalmente responsabile del progetto e che, in caso di vittoria della gara, sia abilitata a firmare l'accordo di supporto ("*support agreement*"); questo soggetto sarà il solo responsabile dell'adempimento di tutte le condizioni dell'accordo. Un simile criterio restrittivo, come è detto esplicitamente nella clausola 6.2, non intende affatto interferire nelle scelte dei proponenti in vista di una strutturazione aziendale efficiente sotto il profilo fiscale: perciò non esclude che il proponente possa ricorrere a più di una persona giuridica per le sue attività e/o contratti. La sola cosa che la clausola in questione impone è la seguente: il proponente è tenuto a

strutturare la sua proposta in modo tale che il soggetto dell'accordo di supporto – e perciò “responsabile legalmente degli adempimenti contrattuali” – sia una sola “*contracted entity*”. Inoltre, sempre secondo la clausola 6.2, il proponente “*must not be, or become, bankrupt, insolvent, or be in, or enter into, administration, receivership or liquidation, or take advantage of any statute for the relief of insolvent debtors at any time during the RFP Process*”. Infine il proponente non deve essere stato condannato in giudizio per lesione dei diritti dei suoi dipendenti e non deve essere stato inserito tra le organizzazioni che non abbiano rispettato il *Workplace Gender Equality Act 2012 (Cth)*.

I criteri di ammissibilità quindi prendono di mira innanzitutto la figura del proponente, successivamente si riferiscono al contenuto e alla struttura dell'offerta. Quest'ultima – secondo la clausola di ammissibilità n. 6 – sarà presa in considerazione solo se essa avrà ad oggetto la costruzione o ristrutturazione di “*a Facility with a renewable energy generating system based on wind, solar or other energy sources declared by the Minister*”. Deve dunque trattarsi – come precisa la clausola di ammissibilità n. 7 – di “un impianto o una struttura (*Facility*) che istituisca un unico sistema di produzione di energia in grado di qualificarsi come un progetto rinnovabile su larga scala nell'ambito della legge del 2000 sulla energia rinnovabile (elettricità) (Cth)⁵¹”.

La clausola di ammissibilità n. 8 prescrive che l'impianto proposto debba avere una capacità nominale di almeno 10 MW e ne prevede il collegamento al sistema

⁵¹ “...a Facility which establishes a single generating system that is able to qualify as a ‘large-scale’ renewable energy project under the Renewable Energy (Electricity) Act 2000 (Cth)”, *Request for Proposal (RFP)*, clausola n. 7.

elettrico nazionale interconnesso. A tal fine il proponente deve essere già registrato o aver iniziato il processo di registrazione presso la AEMO (*Australian Energy Market Operator*) e infine aver inviato una richiesta di connessione completa al fornitore di servizi di rete in connessione, incluso l'aver completato gli studi di connessione alla rete (*"have submitted a complete Connection Application to the connecting Network Service Provider, including completed grid connection studies"*). Al riguardo, nell'Addendum n. 7 del 12 gennaio 2017⁵², si precisa che i proponenti non devono presentare una domanda *completa* di connessione come parte della loro proposta, in ottemperanza al criterio di ammissibilità n. 8. Infatti lo Stato riconosce che la compilazione di una richiesta di connessione alla rete, per essere *completata*, può richiedere un processo di 12 mesi o più e che questo criterio di ammissibilità potrebbe escludere molti progetti ben avviati. Da ultimo, secondo la clausola di ammissibilità n. 13, il proponente deve poter disporre dell'adesione della comunità locale alla sostenibilità del suo progetto dimostrando di soddisfare *"the standards of the 'involve' spectrum level of engagement as described in the Community Engagement and Benefit Sharing Guide"*.

⁵² ADDENDUM No.7 to RFP Ref 336532, VRET 2017 Reverse Auction (si tratta di un documento non disponibile online, che mi è stato spedito dalla dott.ssa Jacqueline Plant dello studio North Rose Fulbright Australia).

1.3.3. Criteri di valutazione e ponderazione delle offerte secondo il RFP.

Il bando di gara stabilisce che saranno valutate dal governo dello Stato di Victoria tutte le offerte presentate correttamente alla luce dei seguenti cinque criteri di valutazione:

1. capacità finanziaria e redditività commerciale;
2. capacità tecnica e redditività;
3. sviluppo locale;
4. coinvolgimento della comunità e condivisione dei vantaggi;
5. impatto sull'infrastruttura di rete elettrica esistente.

I vincitori dell'asta saranno quelli che forniranno il miglior rapporto in relazione al “*value for money*” e che soddisferanno al meglio gli altri criteri di valutazione.

Più precisamente, il bando (RFP) nelle clausole 6.1 e seguenti, precisa i criteri di valutazione ed assegna a ciascuno di essi un peso specifico, ai fini di una ponderazione in termini percentuali [*weightings*]. Il *primo criterio di valutazione* (EV1) si riferisce alla fattibilità finanziaria e alla redditività commerciale del progetto attraverso l'esame della struttura di finanziamento proposta nell'offerta e attraverso i modelli finanziari e i bilanci delle società presentati. Il *criterio di ponderazione* relativo a questo primo criterio di valutazione ne fissa il peso al 25%.

Il *secondo criterio di valutazione* (EV2) è relativo alla realizzabilità e redditività tecnica del progetto, includendovi l'esame delle stime annuali sull'energia, i disegni delle strutture, le disposizioni generali, le strategie operative e di gestione e le caratteristiche accessorie. In quest'ottica, il secondo criterio di valutazione intende garantirsi dal rischio di non completamento della costruzione del parco solare e di avvio ritardato della produzione di energia rinnovabile. Di conseguenza esso valuta

il progresso normativo del progetto in vista dell'ottenimento delle necessarie autorizzazioni. Il *criterio di ponderazione* relativo a questo secondo criterio di valutazione ne fissa il peso al 25%. Il *terzo criterio di valutazione* (EV3) si pone l'obiettivo di valutare il contributo del progetto allo sviluppo economico locale nello Stato di Victoria, includendo in questa valutazione lo sviluppo dei posti di lavoro, delle catene di approvvigionamento, delle industrie manifatturiere e dei servizi. In questa prospettiva, tale criterio di valutazione si riferisce ai requisiti previsti dalla legislazione dello Stato di Victoria che nel 2003 hanno stabilito che il numero minimo di contenuti locali per i progetti eolici e solari è del 64%. In conformità con la Major Skills Guarantee, almeno il 10% del lavoro svolto sui grandi progetti nello Stato di Victoria deve essere svolto da apprendisti, tirocinanti o ingegneri [*apprentices, trainees or engineering cadets*]. Il *criterio di ponderazione* relativo a questo terzo criterio di valutazione ne fissa il peso al 25%. Il *quarto criterio di valutazione* (EV4) riguarda il coinvolgimento della comunità e i benefici condivisi [*community engagement and shared benefits*]. Esso ha due aspetti. In primo luogo, questo criterio mira a confrontare l'approccio del progetto all'impegno della comunità durante la pianificazione, la costruzione dell'impianto e il suo funzionamento, oltre ai criteri di ammissibilità. In secondo luogo, questo criterio mira a valutare come i benefici finanziari del progetto saranno condivisi con le comunità locali e regionali, al di là dei criteri di ammissibilità. Il *criterio di ponderazione* relativo a questo quarto criterio di valutazione ne fissa il peso al 15%. Il *quinto e ultimo criterio di valutazione* prende di mira l'impatto della proposta sull'infrastruttura della rete elettrica esistente. Si tratta di esaminare l'impatto del trasporto di energia sulla rete esistente e la congestione che ne deriva; si tratta

inoltre di considerare il contributo al mercato energetico nazionale da parte di progetti capaci di produrre stabilità, affidabilità e sicurezza della rete; si tratta, infine, di valutare il progetto rispetto agli standard di prestazione degli operatori del Mercato Energetico Australiano. Il *criterio di ponderazione* relativo al quinto e ultimo criterio di valutazione ne fissa il peso al 10%.

1.3.4. La sostenibilità ambientale e lo sviluppo locale come fili conduttori del “Support Agreement”.

Sei nuovi impianti di generazione di energia rinnovabile hanno avuto successo nell'asta e si sono aggiudicati un accordo di assistenza (*support agreement*) per la durata di 15 anni con lo Stato di Victoria. Tre aziende produrranno parchi eolici ed altre tre produrranno parchi solari⁵³. Ognuno dei progetti risultato vincitore del bando di gara deve raggiungere una serie di traguardi stabiliti dal *VRET support agreement* prima di iniziare la costruzione dell'impianto che produrrà energia rinnovabile. Questo “*support agreement*” sarà firmato dal responsabile legale di ciascun progetto e dal Ministro per l'energia, l'ambiente e i cambiamenti climatici, per conto dello Stato di Victoria. Il “*support agreement*” sarà gestito dal Dipartimento dell'ambiente, dell'acqua, del territorio e della pianificazione (DELWP). Qualsiasi negoziato relativo ai Certificati di produzione su larga scala

⁵³ Oltre al Cohuna Solar Farm di Enel Green Power Australia, si tratta dei seguenti progetti: Berrybank Wind Farm di Global Power Generation; Carwarp Solar Farm di Canadian Solar; • Dundonnell Wind Farm di Tilt Renewables; Mortlake South Wind Farm di Acciona e Winton Solar Farm di Fotowatio Renewable Ventures. Cfr. Victorian Renewable Energy Auction Scheme, disponibile online <https://www.energy.vic.gov.au/renewable-energy/victorian-renewable-energy-auction-scheme> (consultato il 26 novembre 2018).

sarà amministrato dal Treasury Corporation of Victoria (TCV)⁵⁴. Lo scopo del *support agreement* è la valorizzazione della sostenibilità ambientale e quindi esso tende a favorire lo sviluppo locale. Per questa ragione, la bozza di accordo preparata dal Ministero⁵⁵ prevede che il vincitore dell'asta, divenuto grazie all'accordo in questione "fornitore (*supplier*)" dello Stato, debba preparare un piano di partecipazione e di coinvolgimento dei benefici della comunità, delineando dettagliatamente in che modo si impegnerà con la comunità interessata dal progetto. Questo piano potrà essere emendato e integrato dalle autorità pubbliche prima della sua accettazione da parte dello Stato. E se lo Stato richiede la revisione della bozza del piano di coinvolgimento della comunità e del piano dei benefici condivisi, il fornitore deve rivederlo in conformità alle richieste ricevute e ripresentarlo tre settimane dopo la data di ricevimento della richiesta. Senza limitare altri diritti che lo Stato può vantare, se il fornitore non si adegua ai requisiti del piano di partecipazione e di coinvolgimento della comunità considerati rilevanti, e se l'inadempimento non viene sanato entro 10 giorni lavorativi, lo Stato, dopo averne data comunicazione scritta, può trattenere il pagamento di qualsiasi importo dovuto al fornitore fino a quando quest'ultimo non abbia rispettato il piano di coinvolgimento. In tal modo il rispetto della sostenibilità ambientale e dello sviluppo locale si rivela, dal punto di vista dei contenuti, il filo conduttore del

⁵⁴Cfr. VRET,2017,ReverseAuctionOutcomes,in https://www.energy.vic.gov.au/_data/assets/pdf_file/0023/391172/VRET-Auction-frequently-asked-questions.pdf (consultato il 25 novembre 2018).

⁵⁵Si tratta di un testo non disponibile online, che mi è stato inviato dal Dipartimento dell'ambiente dello Stato di Victoria insieme col RFP.

support agreement, con riferimento tanto al quadro normativo che esso presuppone quanto alla governance che lo rende possibile.

Capitolo 2

PROFILI DI SOSTENIBILITA' AMBIENTALE ED ECONOMICO-SOCIALE NEL PUBLIC PROCUREMENT: ANALISI COMPARATA DELLA DISCIPLINA AUSTRALIANA ED EUROPEA

Sommario: 2.1 Appalti pubblici e responsabilità sociale nella disciplina federale australiana 2.2. Il quadro normativo del procurement sociale nello stato di Victoria 2.2.1. Definizione Victoriana del procurement sociale e ambientale 2.3. L'evoluzione del procurement nella disciplina Europea: da un approccio economico all'emersione di variabili ambientali e sociali 2.3.1. Le Direttive del 2004 e il loro recepimento nel Codice degli appalti del 2006 2.3.2. Il dibattito istituzionale che ha portato alla riforma della disciplina Europea 2.3.3 Le nuove Direttive sul public procurement del 2014 2.3.4. Le peculiarità ambientali e sociali del nuovo Codice degli appalti del 2016.

2.1. Appalti pubblici e responsabilità sociale nella disciplina federale australiana.

L'aggiudicazione da parte di Enel Green Power dell'appalto per la costruzione del Cohuna solar park e per la conseguente vendita di energia pulita allo Stato di Victoria, presenta profili di sostenibilità tanto sul piano ambientale quanto sul piano economico-sociale. Per comprenderne la portata, è opportuno anzitutto risalire al quadro normativo degli appalti pubblici in Australia e ai requisiti di sostenibilità che esso implica. L'elemento fondamentale che va subito sottolineato, tanto sul piano federale quanto nell'applicazione concreta da parte del governo dello Stato di Victoria, è la relazione decisiva tra *sustainable procurement* e responsabilità sociale delle imprese. E su questo punto la disciplina australiana risulta pienamente

in linea con le caratteristiche fondamentali del *procurement* sostenibile, così come esse risultano delineate dallo studio di Stephen Brammer e Helen Wallker. Questo autori, basandosi su un'accurata analisi comparatistica, mostrano che, fatte salve numerose diversità locali, il *sustainable procurement* è lo strumento cui ricorrono in svariati paesi le amministrazioni pubbliche allo scopo di fronteggiare le emergenze ecologiche, vincolandosi ad acquistare soltanto merci a basso impatto ambientale e sociale; in tal modo, le aziende interessate a partecipare ad appalti pubblici sono spinte ad orientarsi verso la produzione eco-compatibile ⁵⁶. In sintonia con questo indirizzo comparatistico, anche in Australia il ricorso al *sustainable procurement* da parte delle pubbliche amministrazioni tende a stimolare la conversione alla sostenibilità ambientale da parte delle aziende private, che potranno diventare fornitori di beni pubblici solo se mostreranno di avere specifici requisiti comportamentali. Studiando da questo punto di vista la disciplina australiana, Louis de Koker e Kayne Harwood hanno osservato, in uno studio del 2015, che la versione allora in vigore del *Commonwealth Procurement Rules* ('CPRs'), principale fonte normativa australiana in tema di *public procurement*, di cui, dal gennaio 2019 è in vigore una versione aggiornata⁵⁷, conteneva solo pochi cenni alla dovuta diligenza (*due diligence*) quale requisito comportamentale indispensabile del fornitore aggiudicatario dell'appalto.

⁵⁶ Stephen Brammer – Helen Walker, *Sustainable procurement in the public sector: an international comparative study*, in "International Journal of Operations & Production Management", Vol. 31, n. 4, 2011 pp. 452-476.

⁵⁷Cfr. <https://www.finance.gov.au/procurement/commonwealth-procurement-rules/> (consultato il 30 Novembre 2018)

Nonostante ciò, tuttavia, secondo i due studiosi, “la dovuta diligenza rientra come *value for money* (valutazione del rapporto costi/benefici) tra i criteri di aggiudicazione degli appalti”, in quanto è prescritto che le risorse del Commonwealth siano utilizzate in modo etico. Più precisamente, in relazione ai fornitori, l'uso etico delle risorse richiede che gli enti pubblici non debbano stipulare contratti con fornitori le cui pratiche possano risultare “disoneste, immorali o insicure (*dishonest, unethical or unsafe*)”. Ciò “esclude la stipula di contratti con offerenti che abbiano avuto una condanna (escluse le condanne impugnate) relativamente ai diritti dei loro dipendenti”⁵⁸.

Sempre in tema di rapporto tra appalti pubblici e responsabilità sociale, in un articolo del 2016 intitolato *Sustainable Procurement in Australia*, Jeni Christensen ha sostenuto criticamente che l’Australia, nonostante tutto, in tema di “*procurement* sostenibile ed etico”, sia rimasta indietro. Più precisamente, ciò che sembrava oscuro era proprio il *targeting* (la determinazione degli obiettivi) delle pratiche relative al *procurement*. Ecco le sue affermazioni: “*While Australia is often thought of as an early adopter and innovator, sustainable and ethical procurement is an area in which this country is lagging behind. There is a focus on product stewardship and end-of-life strategies, but targeting procurement practices seems*

⁵⁸ Louis de Koker, Kayne Harwood, *Supplier Integrity Due Diligence in Public Procurement: Limiting the Criminal Risk to Australia*, in “Sydney Law Review” 2015) 37(2), pp. 217 e seguenti., disponibile online <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/SydLawRw/2015/11.html> (consultato il 30 novembre 2018).

to have slipped through the cracks”⁵⁹. Christensen continua il suo ragionamento facendo, per contrasto, l’esempio della situazione britannica, in cui la stessa legislazione, col *Modern Slavery Act* del 2015⁶⁰, ha preso atto che la schiavitù moderna produce lavoro forzato e condizioni di servitù, e perciò quest’ultima è sanzionata severamente in quanto abuso deprecabile dei diritti umani. Di conseguenza, la legislazione britannica ha attribuito direttamente alle aziende la responsabilità di prevenire la pratica della schiavitù moderna nelle proprie organizzazioni e catene di fornitura. Rispetto al Regno Unito, osserva criticamente Christensen, “la situazione in Australia è deludente. Dobbiamo garantire che i professionisti del *procurement* comprendano l’etica e adottino gli obblighi internazionali quando si tratta di selezionare e gestire i fornitori, oltre a dimostrare l’integrità delle proprie azioni, compresa la gestione dei conflitti di interesse. Ci sono, tuttavia, alcuni segnali che le cose stanno cambiando”⁶¹. Questo cambiamento, secondo Christensen, è stato realizzato dalla riforma del *procurement* effettuata nel 2013 attraverso il *Victorian Government Procurement Board (VGPB)*⁶², con cui è stato introdotto un nuovo quadro normativo nella politica degli

⁵⁹ Jeni Christensen, *Sustainable Procurement in Australia*, in “PASA”, 17 agosto 2016, <https://procurementandsupply.com/2016/08/sustainable-procurement-australia/> (consultato il 29 novembre 2018).

⁶⁰ Cfr. *Modern Slavery Act 2015*, in <https://services.parliament.uk/bills/2014-15/modernslavery.html> (consultato il 26 novembre 2018) e <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted> (consultato il 26 novembre 2018).

⁶¹ Jeni Christensen, *Sustainable Procurement in Australia*, cit.

⁶² Victorian State Government, *Victorian Government Purchasing Board Achieving Excellence in Government Procurement*, in <http://www.procurement.vic.gov.au/About-the-VGPB> (consultato il 30 novembre 2018).

acquisti pubblici da parte dello Stato di Victoria. Obiettivo di queste innovazioni normative è il perseguimento di più elevati standard di affidabilità, responsabilità e flessibilità, con una forte attenzione all'ottimizzazione delle risorse. Questo documento dello Stato di Victoria e soprattutto le linee guida federali sul *procurement* sostenibile (pubblicate sempre nel 2013 col titolo di *Sustainable Procurement Guide*⁶³), oltre a stabilire cinque obiettivi fondamentali della politica degli acquisti – governance, analisi e revisione del mercato, approccio al mercato, gestione del contratto e divulgazione del contratto (*governance, market analysis and review, market approach, contract management and contract disclosure*) – precisano che il *procurement* sostenibile è “un processo attraverso cui gli enti pubblici soddisfano le proprie esigenze di beni, servizi, opere e utenze, in modo da realizzare l'ottimizzazione delle risorse rispetto all'insieme complessivo delle condizioni di vita. Ciò significa produrre vantaggi non soltanto all'amministrazione, ma anche alla società e all'economia, riducendo al minimo i danni all'ambiente”⁶⁴. In conseguenza di ciò, come esplicita chiaramente Christensen, la valutazione del rapporto tra costi e benefici – cioè il “*value for money*” – è cosa ben diversa dal “costo più basso (*lowest cost*)”. Per questa ragione, esso non va inteso come puro rapporto aritmetico tra i costi e i benefici, ma in senso

⁶³ Australian Government, *Sustainable Procurement Guide* (a cura del Department of Sustainability, Environment, Water, Population and Communities, 2013), disponibile: <http://www.environment.gov.au/system/files/resources/7b8df2bd-3bb9-49cc-b417-5f2eb6e0ce37/files/sustainable-procurement-guide.pdf>

⁶⁴ “...a process whereby organisations meet their needs for goods, services, works and utilities in a way that achieves value-for-money on a whole-of-life basis. This means generating benefits not only to the organisation, but also to society and the economy, while minimising damage to the environment”, *Ibid.*

più ampio come valutazione tanto ambientale quanto complessivamente etico-sociale, mirante all’ottimizzazione globale delle risorse. Ecco perché l’approvvigionamento sostenibile implica necessariamente l’esplicito rispetto di uno standard etico nel reperimento dei prodotti (*ethical sourcing*). Conclude Christensen: “Le considerazioni sul rapporto costi/benefici sono tenute a includere il prezzo e la qualità di un prodotto e servizio; perciò possono includere – senza però limitarsi – beni e/o servizi che contengano contenuti riciclabili, o che siano essi stessi riciclabili, oppure che riducano al minimo gli sprechi e le emissioni di gas serra, che conservino l’energia e l’acqua, che riducano al minimo la distruzione dell’habitat e il degrado ambientale, e che non siano tossici”⁶⁵.

Sembra proprio ispirato a questo tipo di considerazioni ciò che successivamente ha sostenuto il Ministro australiano delle Finanze Mathias Cormann, nella Prefazione alla più recente versione del “Commonwealth Procurement Rules (RPRs)”, in vigore dal gennaio del 2019, che, come anticipato, costituisce la più recente fonte normativa della disciplina australiana degli appalti pubblici. Ecco le sue parole: “Realizzare la valutazione del rapporto costi/benefici (oppure: realizzare l’ottimizzazione delle risorse: *Achieving value for money*) è la regola centrale delle norme sugli appalti nel “Commonwealth Procurement Rules”, in quanto ciò mira a garantire che le risorse pubbliche siano usate nel modo più scrupoloso, efficace,

⁶⁵ “Value-for-money considerations should include the price and quality of a product and service, and may include, but are not limited to, goods and/or services that contain recyclable content, are recyclable, minimise waste and greenhouse gas emissions, conserve energy and water and minimise habitat destruction and environmental degradation and are non-toxic”, Jeni Christensen, *Sustainable Procurement in Australia*, cit.

etico ed economico. Tuttavia – prosegue il ministro – è importante ricordare che il prezzo non è l'unico fattore nella valutazione del rapporto costi/benefici (*when assessing value for money*), e i funzionari pubblici sono tenuti a prendere in considerazione tutti i più importanti costi finanziari e non finanziari, oltre ai vantaggi, associati a un approvvigionamento. Queste regole hanno una flessibilità sufficiente a offrire opportunità per l'innovazione e consentono ai funzionari di progettare processi che riflettano adeguatamente le dimensioni, la portata e il rischio dell'approvvigionamento”⁶⁶. Come si evince chiaramente da queste parole, nella valutazione del rapporto costi/benefici, ai fini della ottimizzazione delle risorse vista come regola centrale della disciplina degli appalti pubblici, oltre che come criterio decisivo della loro aggiudicazione, il Ministro australiano esclude che la determinazione del prezzo possa e debba avere l'ultima parola, e fa invece ampio riferimento al rapporto tra sostenibilità ambientale e responsabilità sociale.

⁶⁶ Vale la pena riportare l'intero passo riassunto e tradotto nel testo: “The Commonwealth Procurement Rules are the keystone of the Government’s procurement policy framework. They are supported by a range of tools including the AusTender system, guidance material and templates developed and maintained by the Department of Finance to ensure accountability and transparency, and reduce the costs and complexity of conducting business with the Government. Achieving value for money is the core rule of the Commonwealth Procurement Rules as it is critical to ensuring that public resources are used in the most efficient, effective, ethical and economic manner. However, it is important to remember that price is not the only factor when assessing value for money, and officials are required to consider all relevant financial and non-financial costs and benefits associated with a procurement. There is sufficient flexibility in these rules to provide opportunities for innovation and for officials to design processes that appropriately reflect the size, scope and risk of the procurement. The framework reflects officials’ responsibilities, including under the PGPA Act and Australia’s international obligations, and factors that must be considered in meeting the core rule of achieving value for money” Australian Government, *Commonwealth Procurement Rules (CPRs)*. *Achieving for money*, cit., p. 3.

Nella stessa direzione, anticipando ciò verrà analizzato nei paragrafi successivi dedicati all'analisi della disciplina europea, si è orientato il legislatore dapprima comunitario e di conseguenza nazionale. Infatti con l'approvazione delle Direttive europee del 2014, trasposte nel nuovo codice degli appalti del 2016, il criterio del prezzo più basso è divenuto criterio residuale rispetto a quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa⁶⁷. Tale ultimo criterio permette di includere considerazioni degli aspetti qualitativi dell'offerta, inclusi quelli di carattere ambientale e sociale. Vale la pena segnalare a questo punto la singolare convergenza tra il modo in cui viene intesa la valutazione del "rapporto costi/benefici (*value for money*)" nella disciplina australiana in vigore dal gennaio 2019 e l'interpretazione analoga della stessa nozione di *value for money* nella Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei settori ordinari, la c.d. direttiva appalti. Tale Direttiva, infatti, al *considerando* numero 91, dopo aver ricordato il c.d. principio di integrazione che "all'articolo 11 TFUE impone che le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente siano integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile"⁶⁸, insiste sulla necessità di "valutare il rapporto qualità/prezzo sulla base di fattori diversi dal solo prezzo o dalla sola

⁶⁷ Mi riferisco alle Direttive europee 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, recepite con il d.lgs. 50 del 2016, il nuovo Codice degli appalti pubblici, di cui ci occuperemo nei paragrafi successivi.

⁶⁸ *Considerando* numero 91 della Direttiva 2014/24/UE, che recita integralmente: "L'articolo 11 TFUE impone che le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente siano integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile. La presente direttiva chiarisce in che modo le amministrazioni aggiudicatrici possono contribuire alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile, garantendo loro la possibilità di ottenere per i loro appalti il migliore rapporto qualità/prezzo"

remunerazione”⁶⁹. Al di là delle differenze tra disciplina europea e contesto australiano, questo è un elemento che accomuna entrambi e ne rende possibile la comparazione. Infatti, in ambedue le prospettive, come sintetizza Marta Andrecka, “il rapporto costi/benefici non va compreso come il prezzo più basso, ma piuttosto come una combinazione di costo e qualità dell’intera vita per soddisfare i bisogni degli utenti (*but rather as a combination of whole-life cost and quality to meet the users’ needs*)”⁷⁰.

2.2. Il quadro normativo del *procurement* sociale nello Stato di Victoria.

Facendo propri i profili di sostenibilità ambientale ed economico-sociale stabiliti a livello federale dal *Commonwealth Procurement Rules (CPRs)*, il governo dello Stato di Victoria nel corso del mese di aprile del 2018 ha pubblicato un testo intitolato *Victoria’s social procurement framework*, dal sottotitolo molto eloquente: *Building a fair, inclusive and sustainable Victoria through procurement*⁷¹. Fin dalle prime battute introduttive, il Ministro delle Finanze dello Stato di Victoria ribadisce a sua volta, in stretta continuità con la tesi sostenuta a livello federale e riportata nel paragrafo precedente, che “realizzare la valutazione del rapporto costi/benefici [*achieving value for money*] non significa necessariamente acquistare la più

⁶⁹ Ivi. *considerando* 93

⁷⁰ Marta Andrecka, *Legal Framework for the Procurement of Public-Private Partnerships – An Australian Perspective in the European Union Context*, cit., p. 388.

⁷¹ Victoria State Government, *Victoria’s social procurement framework*, The State of Victoria 2018, ISBN 978-1-925551-96-9 (pdf/online) accessibile al: www.procurement.vic.gov.au/SPF (consultato il 7 dicembre 2018).

economica tra le opzioni disponibili [*buying the cheapest option available*]⁷². L'approvvigionamento sociale e sostenibile dal punto di vista ambientale è dunque considerato una componente chiave di un'adeguata valutazione del rapporto costi/benefici, dei cui vantaggi potranno godere tutti i membri della comunità locale. Il quadro normativo predisposto dal documento dello Stato di Victoria prevede, per le autorità pubbliche che dovranno acquistare beni e servizi, i criteri-guida che possano rendere efficace l'approvvigionamento sociale e sostenibile e prevede altresì per i fornitori dello Stato i metodi da seguire per conciliare gli obiettivi fissati dal governo con il perseguimento dei loro interessi privati. In questo senso, come precisa nel suo messaggio introduttivo il Ministro dell'Industria e del Lavoro, l'obiettivo perseguito dal governo dello Stato di Victoria nel predisporre il quadro normativo del *procurement* sostenibile riguarda “la costruzione di un'economia più equa, di cui tutti i cittadini dello Stato di Victoria possano beneficiare – un'economia che sia innovativa, inclusiva e capace di adattarsi al cambiamento [*building a fairer economy from which all Victorians can benefit – one which is innovative, inclusive and adaptive to change*]⁷³. La sostenibilità degli appalti pubblici non comporta dunque soltanto criteri di tipo ambientalistico, ma è al tempo stesso fornita di importanti ricadute sociali. Infatti il quadro normativo promulgato dal governo dello Stato di Victoria, favorendo approvvigionamenti sostenibili, dichiara di proporsi l'aumento di “opportunità di lavoro per gruppi sotto-rappresentati, fornendo maggior supporto alle imprese che diano priorità

⁷² Ivi, p. 1.

⁷³ Ivi, p. 2.

all'impatto sociale accanto alla consegna a prezzi competitivi e all'alta qualità di progetti, beni e servizi"⁷⁴. In ogni caso, dunque, il riferimento a vantaggi economici non è limitato esclusivamente alla logica mercantile del profitto privato, ma lascia anche spazio al ruolo decisivo di considerazioni sociali. Si tratta ora di precisare il significato di tali considerazioni.

2.2.1. Definizione Victoriana del *procurement* sociale e ambientale

Il punto di partenza del governo dello Stato di Victoria è la seguente definizione del *procurement* sociale: "Si ha approvvigionamento sociale quando gli enti pubblici usano il loro potere di fare acquisti allo scopo di generare valore sociale al di sopra e al di là del valore di beni, servizi o prodotti oggetti dell'appalto. Nel contesto del governo dello Stato di Victoria, valore sociale fa riferimento ai vantaggi che maturano per tutti i cittadini dello Stato di Victoria attraverso la realizzazione dei risultati sociali e sostenibili previsti da questo quadro normativo"⁷⁵. Di conseguenza, si può parlare di approvvigionamento *sociale* soltanto se l'utilizzazione delle procedure formali degli appalti (e degli stessi acquisti pubblici che la loro aggiudicazione rende possibili) si prefigge uno scopo socialmente rilevante. L'obiettivo della procedura consiste dunque nell'ottenere, attraverso

⁷⁴ "... job opportunities for under-represented groups and providing greater support for businesses that prioritise social impact alongside the delivery of competitively priced, high-quality construction projects, goods and services", *ibid.*

⁷⁵ "Social procurement is when organisations use their buying power to generate social value above and beyond the value of the goods, services, or construction being procured. In the Victorian Government context, social value means the benefits that accrue to all Victorians when the social and sustainable outcomes in this Framework are achieved", *ivi*, p. 11.

l'approvvigionamento in questione, risultati socialmente positivi, che perciò non si riducano alla pura e semplice fornitura di beni, servizi e lavori efficienti⁷⁶. Il *procurement* così regolamentato dallo Stato di Victoria ha dunque spiccati profili di tutela sociale e sostenibilità ambientale, i cui obiettivi, minuziosamente elencati, privilegiando la tutela di tali interessi, si contrappongono in maniera evidente ed esplicita al solo rispetto della logica mercantile del profitto. Gli obiettivi propriamente *sociali* del *procurement* pubblico sono definiti dal governo dello Stato di Victoria nel documento che stiamo esaminando⁷⁷ nei seguenti termini:

1. accrescere le opportunità per gli aborigeni che risiedono nello Stato di Victoria (e in questo caso i risultati previsti sono l'acquisto pubblico di beni e servizi prodotti da imprese di aborigeni o l'assunzione di aborigeni da parte dei fornitori dello Stato di Victoria);
2. aumentare le opportunità per i cittadini dello Stato di Victoria colpiti da disabilità (anche in questo caso i risultati previsti riguardano l'acquisto pubblico di beni e servizi prodotti da imprese che occupano disabili o l'assunzione di disabili da parte dei fornitori dello Stato di Victoria);

⁷⁶Cfr. Victoria State Government, *Social Procurement Toolkit*, disponibile online <http://socialprocurementaustralia.com/wp-content/uploads/2013/09/Social-Procurement-Toolkit.pdf> (consultato il 10 dicembre 2018).

⁷⁷ Cfr. Victoria State Government, *Victoria's social procurement framework*, p. 7.

3. garantire l'uguaglianza e la sicurezza (*safety*) delle donne attraverso l'impegno dei fornitori dello Stato di Victoria ad adottare e rispettare il "Family and domestic violence leave Act 2009"⁷⁸;
4. accrescere le opportunità dei cittadini più svantaggiati attraverso acquisizioni pubbliche da *imprese sociali*⁷⁹ dello Stato di Victoria e attraverso offerte di lavoro a disoccupati, giovani disimpegnati, genitori single, migranti e rifugiati, nonché lavoratori in transizione (*workers in transition*);
5. supportare luoghi di lavoro sicuri ed equi (*safe and fair workplaces*) scegliendo di acquisire beni e servizi dai soli fornitori che rispettino le leggi sulle relazioni industriali e promuovano occupazione sicura.

Gli obiettivi *sostenibili*, dal punto di vista strettamente ambientale, del *procurement* pubblico Victoriano sono così definiti nel medesimo documento⁸⁰:

1. raggiungimento di risultati di sostenibilità ambientale usando risorse ecologicamente pulite e gestendo in maniera ecologicamente corretta i rifiuti;

⁷⁸ Cfr. <https://www.fairwork.gov.au/leave/family-and-domestic-violence-leave> (consultato il 10 dicembre 2018).

⁷⁹ Le imprese sociali sono definite dal governo dello Stato di Victoria in questi termini: "*Social enterprises are businesses that trade to intentionally tackle social problems, improve communities, provide people access to employment and training, or help the environment. They derive most of their income from trade (not donations or grants) and use the majority of their profits (at least 50 per cent) to contribute to their social mission. Among other benefits, social enterprises play an important role in providing transitional employment for disadvantaged job seekers, including people with disability, as a pathway to employment in mainstream businesses. Social enterprises can also provide ongoing employment options for disadvantaged job seekers who may not be well placed to sustain mainstream employment over the longer term.*", Victoria State Government, *Victoria's social procurement framework*, cit., p. 11.

⁸⁰ Cfr. *ivi*, p. 8.

2. utilizzazione di pratiche amministrative ambientalmente sostenibili attraverso fornitori del governo dello Stato di Victoria;
3. implementazione degli obiettivi politici del *Climate Change Act* attraverso la riduzione al minimo delle emissioni di gas serra e l'approvvigionamento di *output* resilienti contro gli impatti dei cambiamenti climatici.

In tal senso, come riassume poco più avanti il *Victoria Social Procurement Framework*, il governo dello Stato di Victoria “è impegnato a raggiungere risultati positivi dal punto di vista ambientale attraverso pratiche di *procurement* sostenibile, che realizzi l’ottimizzazione delle risorse minimizzando l’impatto sull’ambiente (*which achieves value for money while minimising impact to the environment*)”⁸¹.

Va ancora precisato che l’approvvigionamento pubblico disciplinato nel quadro normativo dello Stato di Victoria ha un duplice metodo di approccio: può trattarsi di un approvvigionamento *diretto* attraverso l’acquisto di beni o servizi da imprese sociali Victoriane o da imprese di aborigeni o da altri fornitori di prestazioni sociali incluse le “*Victorian Australian Disability Enterprises*”; oppure può trattarsi di approvvigionamento *indiretto*, realizzato attraverso l’impegno esterno dei fornitori a stipulare clausole contrattuali dirette al raggiungimento di risultati sociali e di sostenibilità ambientale per i cittadini dello Stato di Victoria⁸². In ogni caso, nell’ottica di *soft law* che ispira la disciplina australiana degli appalti pubblici, il quadro normativo predisposto al riguardo dal governo dello Stato di Victoria è orientato a “mirare a incentivare tutti i fornitori e le catene di fornitura affinché

⁸¹ Ivi, p. 15.

⁸² Cfr. ivi, p.11.

adottino e sostengano *pratiche commerciali eque, inclusive e sostenibili*⁸³. Nel passo successivo, il documento governativo continua: “Il settore privato svolge un ruolo decisivo nel fornire impiego diretto alle persone provenienti da comunità svantaggiate e nel fornire opportunità di lavoro sensibili alle questioni di genere e capaci di includere le persone con disabilità”⁸⁴. Per far questo è infine necessaria una incorporazione (*embedding*) dei profili di sostenibilità nella stessa gestione dell’approvvigionamento e delle sue procedure. In tal senso, l’attenzione ai profili sociali e di sostenibilità ambientale del *procurement* “esige un cambiamento nelle pratiche di approvvigionamento pubblico nelle quali le decisioni dovranno ormai basarsi tanto sulla valutazione dei risultati sociali e sostenibili quanto su quella del prezzo, della qualità e del rischio”⁸⁵. Infine, l’impegno (*commitment*) assunto dal governo dello Stato di Victoria nei confronti di un *procurement* che risulti al tempo stesso “etico, sostenibile e socialmente responsabile (*ethical, sustainable and socially responsible*)” si riflette in un codice di condotta (*supplier code of conduct*) previsto per i fornitori dello Stato. Nel codice in questione sono descritti i requisiti minimi che i fornitori dello Stato sono tenuti a garantire in relazione a tutti gli appalti banditi dallo Stato di Victoria a partire dal primo luglio 2017 in poi. Così, per farne alcuni esempi, è prescritta l’osservanza della disciplina sull’integrità

⁸³ “*This framework seeks to incentivize all suppliers and supply chains to adopt and maintain fair, inclusive and sustainable business practices*”, *ivi*, p. 12.

⁸⁴ “*The private sector plays a vital role in providing direct employment for people from disadvantaged communities, and in providing employment opportunities that are gender equitable and inclusive of people with disability*”, *ibid.*

⁸⁵ “*Social procurement framework requires a shift in procurement practices whereby decisions are based on an evaluation of social and sustainable outcomes as well as price, quality, and risk*”, *ivi*, p. 22.

professionale, sulla sicurezza e salute sul luogo di lavoro, sul rispetto dei diritti umani e dei minimi salariali, sul rispetto di misure di gestione ambientale. Il codice di condotta costituisce senz'altro un utile strumento orientato ad assicurare che i fornitori si ispirino nei loro comportamenti alla visione ecologica, etica e sociale della sostenibilità fatta propria dal governo dello Stato di Victoria ⁸⁶.

2.3 L'evoluzione del *procurement* nella disciplina Europea: da un approccio economico all'emersione di variabili ambientali e sociali.

Passando ad occuparci della disciplina Europea relativa agli appalti pubblici, la prima cosa da osservare è la sua graduale trasformazione a partire dai primi interventi degli anni '70 del secolo scorso. Infatti, in linea con la concezione politica e giuridica condivisa in quel periodo dagli Stati membri, il principale obiettivo del quadro normativo che si andava delineando sul piano comunitario consisteva nella formulazione di regole finalizzate alla realizzazione di un mercato unico, basato sulla libera concorrenza dei vari operatori economici e mirante ad evitare ogni discriminazione tra gli stessi⁸⁷. In continuità con i criteri fondamentalmente economici del progetto originario di integrazione europea, la disciplina comunitaria degli appalti si proponeva perciò di garantire, a fini esclusivamente non discriminatori, l'aggiudicazione dei contratti pubblici al miglior offerente. In tal modo, l'attenzione delle istituzioni comunitarie era rivolta essenzialmente a

⁸⁶ Ivi, p. 26. Il *Victoria's Social Procurement Framework* rinvia al *Supplier Code of Conduct* disponibile online: www.procurement.vic.gov.au/Suppliers/Supplier-Code-of-Conduct (consultato il 12 dicembre 2018).

⁸⁷ Cfr. Mario Barcellona, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato*, in *La società europea. Identità, simboli, politiche*, a cura di Pietro Barcellona, Giappichelli, Torino 2009, pp. 45-68.

orientare le amministrazioni pubbliche verso il conseguimento di obiettivi di risparmio (ponendo al centro il criterio dell'economicità) nell'approvvigionamento di beni e servizi attraverso contratti pubblici. Di conseguenza, la disciplina degli appalti, regolamentata da due fondamentali direttive degli anni '70⁸⁸, si poneva quali obiettivi prioritari la regolamentazione, la realizzazione e la salvaguardia di un mercato unico in cui le imprese potessero competere senza discriminazioni. Il quadro normativo che ne emergeva aveva come filo conduttore prioritario la garanzia di un unico obiettivo di carattere economico, vale a dire la libera concorrenza degli operatori su di un piano di parità, a beneficio sia delle amministrazioni pubbliche che delle imprese private.

Perciò nulla veniva previsto circa requisiti ambientali e/o sociali da inserire nei bandi di gara; infatti le amministrazioni pubbliche, puntando al minor dispendio economico, avevano come priorità esclusiva la redditività e quindi il risparmio. D'altra parte, gli operatori privati, ubbidendo alla logica di mercato, paventavano nell'inserimento di requisiti ambientali e/o sociali il rischio d'un incremento dei costi, percepito come una minaccia alla libera concorrenza. Di conseguenza, l'inclusione di requisiti ambientali e/o economico-sociali nella disciplina degli appalti pubblici a livello Europeo non poteva che apparire come un ostacolo piuttosto che come un beneficio. Ciò che pian piano cambia nel corso degli anni successivi è la nuova centralità che, sul piano internazionale e di riflesso anche in ambito comunitario, gradualmente incominciano ad acquisire le istanze dirette alla

⁸⁸ Cfr. Direttiva 71/305/CEE, sul coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici e Direttiva 77/62/CEE, sul coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture.

realizzazione di uno sviluppo sostenibile. Bisogna immediatamente sottolineare che le implicazioni dello sviluppo sostenibile non si limitano alla tutela dell'ambiente ma hanno importanti riflessi sul piano sociale e politico⁸⁹. Con questa nozione, infatti, si mira a conciliare ambiente, crescita economica ed equità sociale, non solo però per la generazione presente, ma anche per le generazioni future. Questa presa di coscienza delle implicazioni sociali delle politiche ambientali avrà profonde conseguenze sulla disciplina giuridica degli appalti, al cui interno diventerà sempre più esplicita la necessità di integrare la salvaguardia esclusiva della libera concorrenza con priorità ambientali e sociali che la sola logica mercantile considera un ostacolo alla libertà dell'iniziativa privata.

In questa prospettiva un importante punto di svolta è costituito dagli impegni internazionali assunti solennemente dalle Nazioni Unite nella Conferenza su Ambiente e Sviluppo, tenutasi a Rio de Janeiro nel 1992. La Conferenza dell'ONU, meglio nota come "Summit della Terra"⁹⁰, culminò nella Dichiarazione di Rio de Janeiro del '92, in cui si rivendicava l'esigenza di uno "sviluppo equo per tutti gli esseri umani, comprese le generazioni future, conservando l'integrità dell'ambiente mondiale"⁹¹. E subito dopo il testo della Dichiarazione precisava la portata delle dimensioni sociali connesse a una concezione radicale della sostenibilità. Infatti, dopo aver proclamato che "nel quadro della realizzazione dello sviluppo

⁸⁹ Cfr. Luca Davico, *Sviluppo sostenibile. Le dimensioni sociali*, Carocci, Roma 2004.

⁹⁰ Cfr. Earth Summit, UN Conference on Environment and Development (1992), disponibile online: <http://www.un.org/geninfo/bp/enviro.html> (consultato il 5 dicembre 2018).

⁹¹ *Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo*, Principio 3, disponibile online <http://www.isprambiente.gov.it/it/formeducambiente/educazione-ambientale/file-educazione-ambientale/eos/dichiarazione-rio.pdf> (consultato il 6 dicembre 2018).

sostenibile, la tutela ambientale costituirà parte integrante del processo di sviluppo e non potrà essere considerata separatamente da questo”⁹², la Dichiarazione di Rio collegava in modo inequivocabile le tematiche ambientali alla giustizia sociale, sostenendo che “tutti gli Stati e le persone collaboreranno al compito fondamentale di sradicamento della povertà come requisito indispensabile per lo sviluppo sostenibile, al fine di ridurre le disparità dei livelli di vita e soddisfare meglio i bisogni della maggior parte della popolazione mondiale”⁹³.

L’anno successivo questa nuova centralità delle tematiche ambientaliste si fece subito sentire a livello comunitario nel Trattato di Maastricht del 1993, nel quale vennero inseriti espliciti riferimenti ad una crescita sostenibile tanto dal punto di vista ambientale quanto dal punto di vista economico-sociale. In questo senso, modificando il Trattato che istituiva la Comunità economica europea, al fine di creare una Comunità europea, Maastricht sostituisce l’art.2 del trattato istitutivo con queste parole: “La Comunità ha il compito di promuovere, mediante l’instaurazione di un mercato comune e di un’unione economica e monetaria e mediante l’attuazione delle politiche e delle azioni comuni di cui agli articoli 3 e 3A, uno sviluppo armonioso ed equilibrato delle attività economiche nell’insieme della Comunità, una crescita sostenibile, non inflazionistica e che rispetti l’ambiente, un elevato grado di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione

⁹² Ivi, Principio 4.

⁹³ Ivi, Principio 5.

economica e sociale e la solidarietà tra gli Stati membri”⁹⁴. Ciò non toglie, tuttavia, che questi riferimenti alla sostenibilità ambientale e alla solidarietà siano restati, almeno inizialmente, per quanto riguarda la disciplina degli appalti, solo programmatici. Infatti, essi non trovarono alcun riscontro nelle nuove direttive Europee sui contratti pubblici dei primi anni '90⁹⁵. In realtà, in questi documenti non è fatto alcun cenno a requisiti ambientali o sociali, dal momento che l'approccio di fondo resta prevalentemente ancorato al criterio di economicità quale unico filo conduttore della disciplina degli appalti pubblici. In conclusione, le direttive dei primi anni '90, dal punto di vista della sostenibilità ambientale e delle sue dimensioni sociali, risultano essere senza soluzione di continuità con le precedenti. Un primo vero cambio di direzione, sia nel senso del superamento delle barriere iniziali all'introduzione di requisiti ambientali negli appalti, sia nel senso di una convergenza tra politiche Europee a livello ambientale e disciplina in materia di appalti, si ha con il *Libro verde sugli appalti pubblici* del '96⁹⁶. Infatti, con tale strumento di *soft law* la Commissione Europea prende atto della responsabilità delle pubbliche amministrazioni nella tutela dell'ambiente. Si sostiene infatti che se queste ultime orientano la loro strategia verso la pratica degli “acquisti verdi”, possono effettivamente contribuire a garantire il rispetto dell'ambiente e a

⁹⁴ *Trattato sull'Unione Europea*, in *Gazzetta ufficiale delle Comunità Europee*, 29 luglio 1992, N.C 191/5, art. G.

⁹⁵ Dir. 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE che hanno ad oggetto il settore di appalti di servizi, forniture e lavori.

⁹⁶ Comunicazione Commissione, n. 583 del 1996, *Libro Verde. Gli appalti pubblici nell'Unione Europea. Spunti di riflessione per il futuro*, disponibile online <https://publications.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/f49ef575-c032-44de-a7ff-4c21c0b0da28> (consultato il 5 dicembre 2018).

promuovere una crescita complessiva sostenibile. Con il trattato di Amsterdam, in vigore dal '97, un ulteriore passo avanti è compiuto grazie all'introduzione del cosiddetto principio di integrazione. Tale principio, originariamente all' art. 6 Trattato CE, oggi all'art. 11 TFUE, prevede che: "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"⁹⁷. In tal modo, in forza del principio di integrazione appena menzionato, le istanze ambientali devono essere integrate in tutte le politiche Europee, sicché la protezione ambientale rientra nel bilanciamento degli interessi in gioco, richiesto per l'adozione di qualsiasi misura a livello Europeo. In applicazione di tale principio di integrazione, la Corte di Giustizia, nella vertenza Preussenelek del 2001, ha potuto valutare come rientrante tra i parametri del Trattato CE una normativa nazionale (prevista per le imprese prussiane) che vincolava le imprese ad acquistare energia pulita, generata in zona, anche se a prezzi maggiori rispetto al valore economico reale. La *ratio* sottesa a questa decisione si riscontra nella volontà di tutela di esigenze fondamentali, prioritarie rispetto alla libera concorrenza e alla libera circolazione delle merci, come appunto le esigenze relative alla tutela dell'ambiente e della salute pubblica⁹⁸. Altra importante apertura si ha con il *Libro Bianco* del 1998, in cui va vista una ulteriore comunicazione della

⁹⁷ Unione europea, *Trattato di Amsterdam*, Lussemburgo, Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità Europee, 1997, p. 25, disponibile online https://europa.eu/european-union/sites/europa.eu/files/docs/body/treaty_of_amsterdam_it.pdf (consultato il 6 dicembre 2018).

⁹⁸ Sentenza della Corte di Giustizia del 13 marzo 2001. - PreussenElektra AG contro Schleswag AG, disponibile online <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61998CJ0379&from=EN> (consultato il 7 dicembre 2018).

Commissione che con esso si propone di implementare quanto sostenuto nel *Libro Verde* del '96. Più precisamente, nel *Libro Bianco* del '98 si sostiene che “in linea generale, ogni amministrazione che lo desideri, può, in sede di definizione dei prodotti o dei servizi che intende acquistare, scegliere prodotti e servizi che rispondano alle sue preoccupazioni in materia di tutela dell'ambiente. Le misure adottate devono, beninteso, rispettare le disposizioni ed i principi del Trattato, in particolare il principio di non discriminazione”⁹⁹.

L'obiettivo del *Libro bianco* è senz'altro quello di una seria presa in considerazione della tutela dell'ambiente da parte degli estensori degli appalti pubblici. In generale, quindi, le amministrazioni, seguendo le indicazioni in esso contenute, possono modulare le procedure di gara introducendo misure che privilegino gli aspetti ambientali. Nel farlo, ovviamente su base volontaria, le amministrazioni potranno intervenire su diversi punti della procedura, ad esempio potranno specificare, tra i capitolati tecnici, i requisiti di eco-compatibilità di un prodotto ritenuti indispensabili, o rilevare i requisiti ambientali nel calcolo dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In conclusione si può constatare che con la pubblicazione del *Libro Bianco* si è avuto un riconoscimento esplicito delle esigenze ambientali che le amministrazioni pubbliche hanno il compito di valutare, ma tutto ciò può realizzarsi soltanto su base volontaria. Perciò questo

⁹⁹ Comunicazione della commissione, *Gli appalti pubblici dell'Unione Europea*, COM (143) del 1998, p. 27, disponibile online <http://www.osservatorioappalti.unitn.it/viewFile.do?id=1228919161639&dataId=1308&filename=Comunicazione.pdf> (consultato il 7 dicembre 2018). Si veda anche: Commissione Europea, *Libro bianco sulla responsabilità ambientale*, COM(2000) del 9 febbraio 2000, disponibile online http://ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/el_full_it.pdf (consultato il 7 dicembre 2018)

riconoscimento, che si precisa essenzialmente come una facoltà delle amministrazioni e non ancora come un loro dovere, ha luogo in una prospettiva che nonostante tutto si rivela ancora limitata alla dimensione prettamente economica della regolazione degli appalti pubblici, senza vincolare le amministrazioni al rispetto delle istanze ambientali.

Tra i vari strumenti di *soft law* che negli anni si sono susseguiti, merita particolare attenzione la *Comunicazione* del 2001 della Commissione su *Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*¹⁰⁰. L'oggetto specifico di questo documento, infatti, è costituito da considerazioni in merito alle esigenze ambientali da integrare nel contesto dei contratti pubblici, a differenza di quanto era accaduto nei precedenti documenti in cui tali considerazioni erano solo uno dei vari aspetti presi di mira. Inoltre la *Comunicazione* riveste importanza programmatica, in quanto costituisce la base per l'inserimento delle disposizioni in materia di appalti verdi nelle direttive sugli appalti del 2004 (2004/17/CE e 2004/18/CE). Nel preambolo di tale *Comunicazione* del 2001 si rinvia al *Libro Bianco* del '98 che aveva previsto in via generale la possibilità per le amministrazioni di introdurre criteri ambientali nella predisposizione degli appalti; come recita il testo della *Comunicazione*, "gli enti aggiudicatori sono tuttavia confrontati con il fatto che spesso non è chiaro in quale misura le considerazioni ambientali siano compatibili con la legislazione

¹⁰⁰ Cfr. *Comunicazione della Commissione n. (274) del 2001, Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*, disponibile online <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52001DC0566> (consultato il 9 dicembre 2018).

comunitaria in vigore in materia di appalti pubblici”¹⁰¹. Il documento, nella parte introduttiva, illustra le strade percorribili a normativa invariata, precisando però che “l’introduzione di nuove possibilità, oltre a quelle offerte dal diritto vigente, implica l’intervento del legislatore comunitario”¹⁰². Il documento chiarisce inoltre il ruolo che la disciplina degli appalti deve svolgere nella realizzazione del mercato unico, cioè garantire condizioni di parità concorrenziale in modo che gli appalti siano aggiudicati senza discriminazioni e favorendo un razionale utilizzo delle risorse pubbliche. Avendo riguardo alle varie fasi della procedura, il documento analizza come possano essere inseriti i criteri ambientali: l’integrazione deve avvenire nel rispetto dei principi europei in tema di aggiudicazione, evitando che tali criteri restringano la concorrenza e comportino discriminazioni tra i partecipanti sulla base della nazionalità. Dunque i criteri c.d. verdi possono integrare la disciplina di riferimento unicamente: se rispettano le condizioni precedentemente elencate, se vengono posti in stretto collegamento con l’oggetto dell’appalto e soprattutto se garantiscono un vantaggio economico per l’ente pubblico. Questo documento – come scrivono a proposito della Comunicazione 74 del 2001 Silvia Biancareddu e Giuditta Serra - “si muove nella cornice della disciplina dei contratti pubblici contenuta nelle direttive comunitarie allora vigenti, che non contenevano alcuna disposizione in materia di tutela ambientale, e non poteva entrare, ovviamente, in contraddizione con le stesse. Precisa infatti la Commissione la propria impossibilità ‘in un documento di carattere interpretativo come questo, a proporre soluzioni che

¹⁰¹ Ivi, p. 6.

¹⁰² Ivi, p. 3.

esulino dall'attuale regime degli appalti pubblici', anche considerato che 'l'interpretazione del diritto comunitario resta di esclusiva competenza della Corte di giustizia'. Su tale base, pur confermando una visione prettamente economicistica della disciplina che regola il settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, la Commissione afferma che 'la crescita economica e il mantenimento di un livello accettabile di qualità ambientale non sono necessariamente in contraddizione'. Ancora, viene affermato che il documento si propone di "analizzare e di mettere in luce le possibilità che la legislazione comunitaria vigente offre alle pubbliche autorità di integrare le considerazioni di carattere ambientale nella loro politica degli appalti, e di contribuire in tal modo a uno sviluppo sostenibile"¹⁰³. Non si può negare, tuttavia, che questo approccio, con tutti i suoi limiti ancora legati a una visione economicistica della disciplina degli appalti, traccia un chiaro percorso per il futuro. Infatti, la Comunicazione del 2001 ha portato sia alla stesura di una Guida per gli acquisti verdi e la protezione dell'ambiente¹⁰⁴, sia, come abbiamo anticipato, alla previsione di criteri *verdi* nelle direttive del 2004, di cui stiamo per parlare.

¹⁰³ 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, pp. 1-26, qui p. 10 ; cfr. anche. G. Fidone, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, pp. 819 e seguenti.

¹⁰⁴ Cfr. Commissione Europea, *Acquistare verde! Un manuale sugli appalti pubblici ecocompatibili*, Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee, Lussemburgo 2005, disponibile online http://ec.europa.eu/environment/archives/gpp/buying_green_handbook_it.pdf (consultato il 10 dicembre 2018).

2.3.1. Le Direttive del 2004 e il loro recepimento nel Codice degli appalti del 2006.

Le Direttive 17 e 18 del 2004¹⁰⁵, che sostituiscono le citate Direttive degli anni '90, hanno quale tratto peculiare quello di andare ad integrare, nella normativa Europea in materia di contratti pubblici prevalentemente orientata alla tutela della libera concorrenza, alcune considerazioni di carattere ambientale e sociale. Più precisamente, la Direttiva 2004/17/CE ha un campo di applicazione meno ampio, dal momento che fa riferimento alle procedure di gara di alcune tipologie di enti che erogano servizi pubblici primari quali acqua, energia, trasporti, i c.d. settori speciali. Mentre la direttiva 2004/18/CE si riferisce più in generale alle procedure di aggiudicazione per gli appalti di lavori, servizi e forniture, nei c.d. settori ordinari, accorrandole in un unico testo normativo.

Come precedentemente illustrato, le istanze ambientali e sociali, erano state certamente oggetto di attenzione a livello politico ed avevano trovato riconoscimento in strumenti di *soft law* e nelle pronunce della Corte di Giustizia; tuttavia, nei primi anni del nuovo secolo, esse non avevano ancora ricevuto a livello Europeo una formulazione normativamente vincolante. Incominciando a discostarsi da questa tendenza, l'articolo 27 della Direttiva 2004/18/CE prevede la possibilità

¹⁰⁵ Rispettivamente le Direttive: 2004/17/CE e 2004/18/CE. Disponibili online rispettivamente al sito: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:32004L0017> e al sito: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0018> (consultato il 10dicembre 2018).

di introdurre – tra i criteri di aggiudicazione dell'appalto – la tutela dell'ambiente, l'adempimento di obblighi fiscali e l'adeguamento alle disposizioni in materia di sicurezza e alle condizioni dei lavoratori; d'altra parte, l'articolo 26 della stessa Direttiva prevede tale possibilità anche in relazione alla fase di esecuzione del contratto, precisando testualmente che “le condizioni di esecuzione di un appalto possono basarsi in particolare su considerazioni sociali e ambientali”¹⁰⁶. Viene dunque riconosciuto, a livello normativo Europeo, che le amministrazioni pubbliche possano inserire considerazioni ambientali e sociali nella modulazione delle procedure di gara, a patto che tale inserimento risulti giustificato dalla natura dei lavori e/o dei servizi richiesti. Più precisamente, per essere compatibili con la disciplina Europea, tali criteri di aggiudicazione devono risultare, anzitutto, intrinsecamente connessi all'oggetto dell'appalto; deve inoltre trattarsi di criteri resi precedentemente pubblici e, in linea più generale, devono essere conformi ai principi fondamentali del diritto europeo¹⁰⁷. Di conseguenza, dovranno risultare conformi tanto alle libertà riconosciute a livello comunitario quanto al principio di proporzionalità. Infine non dovranno comportare discriminazioni tra gli operatori economici e permettere che si espliciti una libera concorrenza tra gli stessi su di un

¹⁰⁶ Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, in *Gazzetta ufficiale* n. L 134 del 30/04/2004, disponibile online https://www.simone.it/appalti pubblici/merloni/altre%20leggi/dir18_2004_2.htm (consultato il 12 dicembre 2018). Cfr. *La disciplina dei contratti pubblici, Commentario al codice degli appalti*, a cura di M. Baldi e R. Tomei, seconda edizione, IPSOA, 2009, pag. 12.

¹⁰⁷ Cfr. G. Fidone, *L'integrazione degli interessi ambientali nella disciplina dei contratti pubblici: Il Green Public Procurement*, in *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, a cura di G. F. Cartei, Giappichelli, Torino 2013, pp. 123-177.

piano di parità. Tanto la Direttiva 17 quanto la Direttiva 18, nei relativi preamboli, esplicitano questo tipo di atteggiamento, che comporta senz'altro un'apertura alle questioni poste dalla nuova sensibilità verso la sostenibilità ambientale, ma che al tempo stesso resta vincolato al rigoroso rispetto dei principi fondamentali del diritto comunitario, innanzitutto quello di non ostacolare la libera concorrenza ed evitare discriminazioni. Il filo conduttore delle direttive mira in tal modo a conciliare la tutela di valori ambientali e sociali con la salvaguardia giuridica della libera competizione, alla base della logica di mercato. Non vi è dunque un superamento del precedente approccio, prevalentemente economico, nella regolazione dei contratti pubblici. Ci troviamo invece di fronte ad una integrazione di tale approccio con i valori legati ad uno sviluppo sostenibile. La conciliazione di queste due esigenze si traduce nel progetto di stimolare le pubbliche amministrazioni all'acquisto di beni e servizi ecocompatibili, incentivando le imprese a orientarsi verso la produzione di tale tipo di prodotti e servizi¹⁰⁸. Non siamo di fronte a un rifiuto della logica mercantile della concorrenza ma al riconoscimento della necessità di collegare la salvaguardia delle esigenze economiche con le istanze ambientali ed ecologiche, rese ormai indispensabili dalla urgente necessità di una transizione alla sostenibilità come nuovo modello di sviluppo¹⁰⁹.

Sul piano nazionale, l'introduzione di criteri ambientali ed in parte collegati a considerazione sociali nella disciplina dei contratti pubblici viene per la prima volta attuata con il Codice dei contratti pubblici, il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. La

¹⁰⁸ Cfr. Ivi, pp. 140 e seguenti.

¹⁰⁹ Cfr. M. Clarich, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Rivista di Diritto pubblico*, 2007, n. 1, pp. 218 e seguenti.

trasposizione delle direttive Europee ha portato all'introduzione nel Codice del 2006 di svariate disposizioni che si riferiscono ad esigenze ambientali e di sostenibilità sociale. In continuità con l'ottica Europea, la possibile integrazione tra la logica economica della libera concorrenza e quella legata ad uno sviluppo sostenibile viene riconosciuta nelle varie fasi della procedura, fino all'esecuzione del contratto. Ciò significa che l'integrazione di tali considerazioni è riconosciuta non solo nella fase regolata dal diritto pubblico ma anche avendo riguardo alla fase privatistica. In questo senso, infatti, il Codice dei contratti pubblici del 2006, all'art. 2, tra le disposizioni generali, prevede che il principio di economicità possa essere subordinato, a certe condizioni, a criteri che si riferiscano ad esigenze sociali, alla tutela della salute e dell'ambiente e più in generale alla promozione dello sviluppo sostenibile. Di seguito il testo del Codice del 2006: "Il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile"¹¹⁰.

Quanto qui statuito sul piano nazionale deve intendersi come attuazione di ciò che era contenuto nel quinto *considerando* della direttiva 2004/18/CE, in cui veniva richiamato a sua volta l'art. 6 del Trattato CE, relativo alla necessaria salvaguardia delle esigenze connesse alla tutela dell'ambiente e del soddisfacimento di determinate esigenze sociali: "Conformemente all'articolo 6 del trattato, le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente sono integrate nella definizione e

¹¹⁰ Art.2, comma 2, *Codice dei contratti pubblici*, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie di cui all'articolo 3 del trattato, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile. La presente direttiva chiarisce dunque in che modo le amministrazioni aggiudicatrici possono contribuire alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile garantendo loro al tempo stesso di poter ottenere per i loro appalti il miglior rapporto qualità/prezzo”¹¹¹. Tra le condizioni necessarie per permettere la subordinazione del principio di economicità alla promozione dello sviluppo sostenibile, e dunque a criteri orientati in tal senso, il Codice del 2006 rinvia al rispetto dei limiti stabiliti dalle norme vigenti e dei principi generali enunciati. In tal modo, le istanze ambientali e di integrazione sociale hanno avuto un primo riconoscimento come fattori positivi per lo sviluppo del mercato, in un’ottica di innovazione e di crescita sostenibile. Nel contemperamento degli interessi in gioco, le amministrazioni possono privilegiare questi criteri non economici a scapito dell’economicità. Tutto ciò deve pur sempre aver luogo nel rispetto dei principi generali definiti nel primo comma dell’articolo 2 del Codice del 2006, che dispone: “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

¹¹¹ Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi; disponibile online <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0018&from=NL> (consultato il 12 dicembre 2018). Cfr. *La disciplina dei contratti pubblici, Commentario al codice degli appalti*, a cura di M.Baldi e R. Tomei, seconda edizione, IPSOA, 2009, p. 13.

quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice; questi principi generali, dunque, non possono essere superati da tali considerazioni”¹¹². I principi generali qui richiamati, tendenzialmente riconducibili a quelli di matrice Europea, hanno natura inderogabile. Tutelano l’efficacia, la tempestività e la correttezza della procedura, nonché la libera concorrenza, la parità di trattamento, la non discriminazione, la trasparenza, proporzionalità e pubblicità della procedura di gara¹¹³.

Passando ad analizzare le varie fasi della procedura, un primo momento nel quale dare rilievo ai criteri in questione, è da individuare sicuramente nella definizione dell’oggetto dell’appalto. In questa fase, secondo le indicazioni Europee, le amministrazioni godono di una certa flessibilità nella determinazione di ciò che vogliono acquistare. Come è infatti precisato nel manuale *Acquistare verde*, pubblicato dalla Commissione nel 2005, “la legislazione in materia di appalti pubblici non è particolarmente interessata a che cosa comprano gli enti aggiudicatori, ma piuttosto a come comprano”¹¹⁴. Il Codice degli appalti del 2006 recepisce questa tendenziale libertà da parte delle amministrazioni aggiudicatrici nella scelta dei prodotti e servizi da comprare e nella definizione delle relative caratteristiche, avendo comunque riguardo ai fini che si intendono raggiungere.

¹¹² Art.2, comma 1, *Codice dei contratti pubblici*, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

¹¹³ Cfr. M. Clarich, *La tutela dell’ambiente attraverso il mercato*, cit. p. 220.

¹¹⁴ Comunicazione della Commissione, 2005, *Acquistare verde! Un manuale sugli appalti pubblici ecocompatibili*, cit. p. 14, disponibile al http://ec.europa.eu/environment/archives/gpp/buying_green_handbook_it.pdf (consultato il 12 dicembre 2018).

Tuttavia, rimane pur sempre necessario specificare in maniera chiara e rendere preventivamente conoscibili i criteri prescelti, in modo da non ostacolare la massima partecipazione degli operatori economici, da porre comunque su di un piano di parità. Tutto ciò deve avvenire nel bando di gara, che costituisce senza dubbio il momento in cui emerge l'intenzione dell'amministrazione di voler aggiudicare l'appalto. Nel bando di gara è dunque possibile delineare l'oggetto dell'appalto, orientandolo verso criteri eco-compatibili, purché ne venga data la massima diffusione e non vengano realizzate discriminazioni a vantaggio di imprese nazionali. A tal proposito il Codice prevede, all'articolo 68, le c.d. "specifiche tecniche", che, secondo il primo comma dell'articolo, "definiscono le caratteristiche previste per lavori, servizi o forniture"¹¹⁵; attraverso le "specifiche tecniche" le amministrazioni possono caratterizzare un prodotto in relazione all'utilizzo di destinazione. Con una precisa identificazione delle "specifiche tecniche", l'amministrazione definisce l'oggetto dell'appalto sotto il profilo tecnico e qualitativo della prestazione richiesta¹¹⁶. In stretta continuità con l'ottica propria della disciplina Europea, le "specifiche tecniche" si pongono quale strumento volto ad aprire il mercato degli appalti alla concorrenza degli operatori economici. In particolare il Codice, all'articolo 68, comma 3, lettera b, prevede la possibilità di inserire "specifiche tecniche", da fissare in termini di prestazioni e requisiti funzionali, aventi ad oggetto considerazioni ambientali: "Fatte salve le regole tecniche nazionali obbligatorie, nei limiti in cui sono compatibili con la normativa

¹¹⁵ Cfr. *La disciplina dei contratti pubblici, Commentario al codice degli appalti*, a cura di M. Baldi e R. Tomei, seconda edizione, IPSOA, 2009, pp. 635 e seguenti.

¹¹⁶ *Ivi.*, p. 636.

comunitaria, le specifiche tecniche sono formulate secondo una delle modalità seguenti: b) in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, che possono includere caratteristiche ambientali. Devono tuttavia essere sufficientemente precisi da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e alle stazioni appaltanti di aggiudicare l'appalto”¹¹⁷. Di conseguenza, le amministrazioni che intendano inserire requisiti ambientali nelle specifiche tecniche, possono prevederli sia come metodo di produzione determinato, sia avendo riguardo agli effetti ambientali di gruppi di prodotti o servizi omogenei¹¹⁸. Ciò può avvenire, così come prevede il Codice al comma 9 dell’articolo 68, facendo rinvio a specifiche tecniche definite dall’eco-etichettatura di matrice europea o nazionale, senza però pregiudizio di offerte basate su soluzioni equivalenti¹¹⁹. Le amministrazioni possono dunque considerare, in via presuntiva, conformi alle specifiche tecniche indicate i prodotti o i servizi dotati di eco-etichettatura. Tuttavia, come anticipato, al comma 10 è delineato il principio di equivalenza, in forza del quale gli operatori economici non muniti di tali etichettature possono provare, con “qualsiasi altro mezzo di prova appropriato, quale una documentazione tecnica del fabbricante o

¹¹⁷Codice degli appalti del 2006, art. 68, comma 9. disponibile online <https://www.codiceappalti.it/Art. 68. Specifiche tecniche.htm> (consultato il 13 dicembre 2018).

¹¹⁸ Cfr. *La disciplina dei contratti pubblici, Commentario al codice degli appalti*, a cura di M. Baldi e R. Tomei, cit., p. 638

¹¹⁹ Il Codice degli appalti del 2006 prevede all’art. 68, comma 9, la possibilità di rifarsi a tali eco-etichettature purché le stesse siano innanzitutto appropriate rispetto alla definizione delle forniture o prestazioni oggetto dell’appalto, purché inoltre esse siano state elaborate sulla base di informazioni scientifiche e purché infine risultino adottate mediante un processo al quale abbiano potuto partecipare tutte le parti interessate, quali: enti governativi, consumatori, produttori, distributori e organizzazioni ambientali.

una relazione di prova di un organismo riconosciuto”¹²⁰, la sostanziale affinità delle soluzioni offerte in termini di procedimento adottato o di effetti ambientali prodotti. Inoltre è possibile, per le stazioni appaltanti, integrare nelle specifiche tecniche anche considerazioni di carattere sociale, come i criteri di accessibilità per i portatori di handicap e un’adeguata progettazione per tutti gli utenti¹²¹, rispettivamente per gli appalti di servizi e di lavori. Passando ad una fase successiva della procedura di gara, ossia quella relativa alla valutazione dei candidati sotto il profilo dei requisiti di ordine generale, in particolare di ordine morale, vi sono alcune ipotesi di esclusione dalla procedura. Per quanto ci interessa, infatti, il Codice prevede da un lato che l’amministrazione aggiudicatrice possa procedere all’esclusione dalla gara in alcune ipotesi espressamente delineate dall’articolo 38 che, per quanto di interesse nel presente lavoro, riguardano la commissione di gravi infrazioni della normativa del lavoro e la mancata osservanza della disciplina in materia di lavoro dei disabili¹²². Dall’altro lato, il Codice delinea, alla lettera c) dell’articolo 38, un criterio entro cui poter sussumere diverse fattispecie: può essere comminata l’esclusione dalla procedura di gara in caso di condanna passata in giudicato per la commissione di gravi reati che incidono sulla “moralità professionale” dell’operatore economico. All’esito di varie ricostruzioni interpretative del criterio in esame, può esservi ricondotto l’aver commesso reati ambientali, che incidano sulla affidabilità morale e professionale delle imprese

¹²⁰ https://www.codiceappalti.it/Art_68_Specifiche_tecniche.htm (consultato il 15 dicembre 2018); cfr. anche *La disciplina dei contratti pubblici, Commentario al codice degli appalti*, a cura di M. Baldi e R. Tomei, cit., p. 638.

¹²¹ Cfr. *ivi*, p. 636.

¹²² Cfr. *ivi*, p. 420.

coinvolte.¹²³ La parola finale circa l'esclusione o meno dalla procedura spetta all'amministrazione aggiudicatrice, la quale sarà tenuta ad effettuare una valutazione discrezionale in relazione all'incidenza della commissione di tale reato, date le circostanze temporali e fattuali, sulla "moralità" professionale dell'impresa.¹²⁴ Dunque un criterio ampio ed elastico, che può prestarsi ad interpretazioni che includano considerazioni ambientali, in ottica di continuità con quanto affermato dal *considerando* 43 della Direttiva 2004/18, che recita: "Se il diritto nazionale contiene disposizioni in tal senso, il mancato rispetto della normativa ambientale può essere considerato 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".¹²⁵ Sempre in relazione alla fase di valutazione dei candidati, le stazioni appaltanti possono prevedere dei criteri selettivi, da inserire nel bando o nei capitolati, che abbiano ad oggetto la capacità tecnica e professionale degli stessi. Il Codice, sulla scia delle indicazioni delle direttive del 2004, prevede, all'articolo 42, lettera f) e all'articolo 44, le c.d. misure o sistemi di gestione ambientale. Nello specifico l'articolo 42 lettera f), che si riferisce unicamente agli appalti di servizi, prevede tra le varie modalità attraverso cui dimostrare la capacità tecnica l'indicazione delle misure di

¹²³ Cfr. *ivi*, pp. 418 e seguenti.

¹²⁴ Cfr. *Ibid.*

¹²⁵ Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, *Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea*, L 134 del 30/04/2004, disponibile online https://www.simone.it/appalti pubblici/merloni/altre%20leggi/dir18_2004.htm (consultato il 15 dicembre 2018).

gestione ambientale che i prestatori di servizi sono tenuti a garantire. L'articolo 44 invece, rubricato proprio "norme di gestione ambientale", disciplina gli appalti di lavori e di servizi nei quali le stazioni appaltanti richiedono agli operatori economici di dimostrare la loro capacità ad applicare determinate misure di gestione ambientale¹²⁶. Si tratta di scelte che le stazioni appaltanti possono effettuare nei "casi appropriati", espressione che si riferisce ad appalti ad elevata complessità ed impatto ambientale, che quindi necessitano di apposite misure di gestione ambientale per la loro realizzazione. Un esempio di "caso appropriato" potrebbe essere un appalto per la costruzione di un tratto autostradale che attraversi un'area protetta. In questo caso, sarà sicuramente necessario stabilire specifiche misure di gestione ambientale volte a proteggere l'ecosistema dell'area¹²⁷. L'articolo 44 del Codice stabilisce le modalità attraverso cui accertare la sussistenza della capacità tecnica necessaria per attuare le misure di gestione ambientale stabilite dalla stazione appaltante. Infatti, esso prevede anzitutto che l'adesione al sistema di eco-gestione ed audit EMAS¹²⁸ o ad un sistema di gestione ambientale equivalente,

¹²⁶ Cfr. *La disciplina dei contratti pubblici, Commentario al codice degli appalti*, a cura di M. Baldi e R. Tomei, seconda edizione, IPSOA, 2009, pp. 470 e seguenti.

¹²⁷ Cfr. *ivi*, p. 472.

¹²⁸ Il sistema di gestione ambientale EMAS, istituito mediante regolamento europeo, stabilisce un sistema da adottare su base volontaria, basato su indirizzi e principi armonizzati in tutta l'Unione Europea. L'obiettivo è quello di promuovere costanti miglioramenti delle prestazioni ambientali dell'organizzazione per favorire la razionalizzazione delle capacità gestionali e dell'impatto ambientale delle attività poste in essere. Con il regolamento 761/2001/CE, che ha modificato il precedente regolamento EMAS, è stata introdotta l'integrazione della norma ISO 14001 quale standard del sistema di gestione ambientale ed è stato esteso il campo di applicazione anche ai siti produttivi non industriali.

certificato secondo standard internazionali (ISO 14001)¹²⁹, costituisca prova sufficiente della capacità tecnica richiesta¹³⁰. Questi due sistemi di gestione ambientale costituiscono gli standard normativi di riferimento e si sostanziano in strumenti volontari che perseguono l'obiettivo della salvaguardia dell'ambiente attraverso il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli operatori economici. Dunque gli operatori economici in possesso della registrazione EMAS o del certificato ISO 14001 sono da ritenere senza dubbio conformi alla misura di gestione ambientale individuata dalla stazione appaltante. Tuttavia la norma delinea il principio di equivalenza, in forza del quale le stazioni appaltanti devono accettare ogni mezzo di prova che sia idoneo a dimostrare la presenza della capacità tecnica richiesta. Ad esempio, il rispetto della norma di gestione ambientale potrà essere dimostrato attraverso una relazione tecnica che espliciti le misure di gestione adottate, collegate all'oggetto dell'appalto¹³¹. Le stazioni appaltanti sono inoltre tenute a riconoscere i certificati equivalenti in materia che siano stati rilasciati da organismi situati in altri stati membri, in forza del principio del reciproco riconoscimento di certificati attestanti una qualifica formale¹³².

¹²⁹ La norma internazionale ISO 14001, "sistemi di gestione ambientale, requisiti guida per l'utilizzo", è stata adottata nel 1996 dall' IOFS ed approvata dal comitato Europeo di normazione nonché pubblicata dall' ente nazionale italiano di unificazione. Dunque è divenuta norma nazionale in qualità di UNI EN ISO 14001. Tale norma costituisce lo standard per la certificazione dei sistemi di gestione ambientale, stabilendone i requisiti. Può essere applicata a tutte le organizzazioni ed è stata più volte aggiornata negli anni fino all'ultima versione del 2015.

¹³⁰ Cfr. *La disciplina dei contratti pubblici, Commentario al codice degli appalti*, a cura di M. Baldi e R. Tomei, seconda edizione, IPSOA, 2009, pp. 474 e seguenti.

¹³¹ Cfr. *ibid.*

¹³² Cfr. A. Carullo - G. Iudica, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, CEDAM, Padova 2009, pp. 133 e seguenti.

Passando ad analizzare l'ultima fase pubblicistica della procedura di gara, ossia quella relativa alla valutazione comparativa delle offerte, si riscontra anche in tale momento la possibilità di considerare variabili di carattere ambientale e sociale. Il legislatore italiano, recependo gli indirizzi europei sul tema, ha previsto due criteri alternativi per l'aggiudicazione degli appalti: il criterio del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ritenuti entrambi idonei a garantire il principio di non discriminazione e parità di trattamento dei concorrenti. La scelta tra i due criteri è rimessa alle stazioni appaltanti, come stabilisce il Codice: "Le stazioni appaltanti scelgono, tra i criteri di cui al primo comma, quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto, e indicano nel bando di gara quale dei due criteri sarà applicato per selezionare la migliore offerta"¹³³. Quando il criterio di aggiudicazione prescelto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in particolare nei casi in cui risulti necessario valutare non solo l'elemento economico delle offerte ma anche altri fattori di carattere qualitativo, possono essere incluse valutazioni di carattere ambientale e sociale.¹³⁴ Con tale criterio viene dunque concessa alla stazione appaltante la facoltà di valutare discrezionalmente l'offerta sulla base di elementi diversi, che variano in relazione

¹³³ Codice degli appalti, D.lgs. 163 del 2006, all'art. 81 secondo comma.

¹³⁴ Il tema è affrontato nel Considerando n. 46 della direttiva 2004/18 CE. In particolare si prevede che criteri qualitativi di aggiudicazione dell'appalto, come quelli relativi all'ambiente, possano giovare a beneficio della collettività colpita dall'opera/servizio. Inoltre, negli stessi termini si parla di criteri che prendano in considerazione esigenze di carattere sociale, per far fronte a bisogni di categorie di persone svantaggiate.

alla specificità dell'appalto. In questo contesto può quindi assumere importanza preponderante il criterio qualitativo rispetto a quello meramente economico.¹³⁵ Tutto ciò ha costituito una svolta importante dal punto di vista normativo. Infatti, come già accennato, l'inclusione di considerazioni sociali o ambientali tra i criteri di valutazione delle offerte era precedentemente consentita solo a patto che ne derivasse un beneficio economico all'amministrazione aggiudicatrice¹³⁶. In realtà, dunque, questo collegamento tra variabili ambientali e sociali delle offerte e tornaconto economico per l'amministrazione costituiva un limite nella considerazione degli aspetti qualitativi delle offerte e diventava un ostacolo allo sviluppo di soluzioni innovative.¹³⁷ Appare dunque fondamentale la statuizione, contenuta in varie sentenze amministrative, in cui si precisa la pari dignità dei vari elementi stabiliti per l'aggiudicazione¹³⁸. Preso atto di questo cambio di rotta, il legislatore fornisce all'articolo 83, comma uno, un'elencazione esemplificativa degli elementi di valutazione che possono essere utilizzati dalle stazioni appaltanti¹³⁹. Visto il carattere esemplificativo, le stazioni appaltanti potranno

¹³⁵ Cfr. *La disciplina dei contratti pubblici, Commentario al codice degli appalti*, a cura di M. Baldi e R. Tomei, seconda edizione, IPSOA, 2009, pp. 764 e seguenti.

¹³⁶ Cfr. Comunicazione della Commissione n. (274) del 2001, *Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*, pp. 14 e seguenti.

¹³⁷ Cfr. *ibid.*

¹³⁸ Tra le varie sentenze: Tar Toscana, sez. 1, 21 novembre 2005, n.6901, in cui si afferma la necessità che i vari elementi da valutare abbiano tutti un peso ponderale equilibrato. Cons. Stato, sez.4, 4 settembre 2006, n.5100, in cui è statuita l'illegittimità del bando che preveda un peso eccessivo per l'elemento del prezzo.

¹³⁹ Tra i criteri, elencati in via esemplificativa dall'art. 83, comma 1, del Codice del 2006, oltre al prezzo, sono elencati i seguenti elementi: la qualità, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, le caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici delle risorse

enuclearne di nuovi, a condizione che siano innanzitutto pertinenti e connessi alle caratteristiche dell'oggetto dell'appalto. Possono quindi essere previsti criteri aventi per oggetto valutazioni ambientali o di carattere sociale, che, oltre ad essere pertinenti e collegati con l'oggetto dell'appalto, siano espressamente indicati nel bando di gara o nei capitolati, non lascino all'amministrazione incondizionata libertà di scelta e rispettino i principi europei¹⁴⁰. Di sicuro, tra gli elementi testualmente indicati, vi è al primo comma, lettera e), dell'articolo 83 del codice, un riferimento alle "caratteristiche ambientali, al contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto". In definitiva tale disposizione costituisce, nella fase di aggiudicazione, l'attuazione delle indicazioni contenute nelle direttive del 2004, tra le quali in particolare l'indicazione di soddisfare le esigenze connesse alla tutela dell'ambiente nella prospettiva di promuovere uno sviluppo sostenibile¹⁴¹.

Conclusa la fase pubblicistica della procedura di gara con l'aggiudicazione dell'appalto, inizia la fase relativa all'esecuzione, disciplinata, come noto, da disposizioni di diritto privato. Se in linea generale è corretto sostenere che il legislatore, europeo e nazionale, sia tendenzialmente disinteressato alle vicende che riguardano il momento dell'esecuzione del contratto, tuttavia alcune considerazioni

ambientali dell'opera o del prodotto, il costo di manutenzione, la redditività, l'assistenza tecnica, la data di consegna, la sicurezza dell'approvvigionamento.

¹⁴⁰ Cfr. *La disciplina dei contratti pubblici, Commentario al codice degli appalti*, a cura di M. Baldi e R. Tomei, seconda edizione, IPSOA, 2009, pp. 772 e seguenti. In particolare i principi europei che devono essere rispettati sono i seguenti: libera circolazione delle merci, libertà di stabilimento e prestazione di servizi, divieto di discriminazione e suoi corollari quali parità di trattamento e riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza.

¹⁴¹ Cfr. *ibid.*

sul tema non sono mancate. Infatti l'articolo 69 del Codice del 2006, che recepisce i contenuti dell'articolo 26 della direttiva 2004/18/CE, riconosce la facoltà per la stazione appaltante di inserire nei documenti di gara "particolari condizioni in ordine alle modalità di esecuzione del contratto", purché le stesse siano compatibili con i principi europei. Si tratta di una novità importante, considerando il secondo comma dell'articolo in questione, in cui è previsto che queste condizioni possano riguardare, in particolare, esigenze sociali o ambientali¹⁴².

Quindi, allorché la stazione appaltante ritenga che per una corretta esecuzione dell'appalto non si possa fare a meno di apporre particolari condizioni, di natura sociale o ambientale, e sempre che le stesse non si pongano in contrasto con i principi europei, deve esserne data adeguata pubblicità nei documenti di gara¹⁴³. Inoltre, nei commi successivi, sono previste ulteriori condizioni per poter avvalersi di questa facoltà. La stazione appaltante, ai sensi del terzo comma, può comunicare le condizioni particolari che intende apporre all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (oggi ANAC); l'Autorità è tenuta a pronunciarsi entro 30 giorni sulla compatibilità delle condizioni previste per l'esecuzione con i principi europei, specie quello di non discriminazione. Decorso tale termine, la stazione appaltante può proseguire la gara¹⁴⁴. In sede di offerta, ai sensi del quarto comma, le imprese

¹⁴² L'art. 69, secondo comma, Codice degli appalti, d.lgs. 163 del 2006, recita testualmente: "Dette condizioni possono attenersi, in particolare, a esigenze sociali o ambientali".

¹⁴³ Cfr. *La disciplina dei contratti pubblici, Commentario al codice degli appalti*, a cura di M. Baldi e R. Tomei, seconda edizione, IPSOA, 2009, pp. 639 e seguenti. In particolare i principi europei elencati nel primo comma sono: il principio di non discriminazione, di parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità.

¹⁴⁴ Più precisamente, l'art. 69, terzo comma, Codice degli appalti, d.lgs. 163 del 2006, recita: "La stazione appaltante che prevede tali condizioni particolari può comunicarle all'Autorità, che si

che intendono concorrere, sono tenute a rilasciare una dichiarazione con la quale manifestano la volontà di accettare tali condizioni, in caso di aggiudicazione dell'appalto¹⁴⁵. Questa disciplina procedurale contenuta nell'articolo 69, in cui è previsto l'intervento dell'Autorità di vigilanza con un ruolo consultivo e di controllo in relazione alla legittimità delle particolari condizioni di esecuzione del contratto rispetto alla disciplina europea, è stata delineata per evitare pregiudizi o discriminazioni tra i concorrenti e più in generale per tentare di arginare, a monte della procedura, una possibile incompatibilità di tali condizioni con i principi europei¹⁴⁶.

Nonostante i chiari passi in avanti compiuti a livello Europeo con le direttive del 2004, tra i quali il riconoscimento normativo di strumenti legati agli appalti verdi (*green public procurement*), nonché la possibilità di considerare variabili sociali in alcune fasi della procedura, tali passi avanti non hanno avuto il seguito sperato se si ha riguardo alla effettiva applicazione da parte degli Stati membri. La natura esclusivamente facoltativa di tali strumenti, infatti, ha comportato che in molti Stati dell'Unione gli istituti in questione abbiano ottenuto scarsa considerazione¹⁴⁷. In

pronuncia entro trenta giorni sulla compatibilità con il diritto comunitario. Decorso tale termine, il bando può essere pubblicato e gli inviti possono essere spediti”.

¹⁴⁵ Sempre l'art. 69, comma quarto, recita: “In sede di offerta gli operatori economici dichiarano di accettare le condizioni particolari, per l'ipotesi in cui risulteranno aggiudicatari”.

¹⁴⁶ Cfr. *La disciplina dei contratti pubblici, Commentario al codice degli appalti*, a cura di M. Baldi e R. Tomei, seconda edizione, IPSOA, 2009, pag. 640.

¹⁴⁷ “Nonostante le evidenti conquiste sul tema, tra cui, *in primis*, il riconoscimento esplicito in forma normativa degli strumenti legati agli appalti verdi, non vi è stata un'adeguata risposta in ordine al relativo utilizzo. La natura meramente facoltativa di tali strumenti, infatti, ha comportato che in molti Stati dell'Unione europea l'istituto abbia ricevuto rare applicazioni”, O.H. Kassim, *I criteri di*

conclusione, la possibilità di integrare considerazioni ambientali e sociali in termini di “obbligo” in capo alle amministrazioni, nonché la previsione di procedure sempre più flessibili in cui modulare tali considerazioni, costituirà un punto centrale del successivo dialogo istituzionale, di cui andiamo ad occuparci.

2.3.2. Il dibattito istituzionale che ha portato alla riforma della disciplina europea

Prima di addentrarci nell’analisi delle principali novità introdotte dalle Direttive Europee del 2014, che ridisegnano complessivamente la materia dei contratti pubblici, è conveniente fare un piccolo *excursus* sul quadro politico ed economico nonché sul dibattito istituzionale che ha dato il via alla loro genesi. La premessa di fondo è che ci troviamo in un periodo in cui è appena cominciata la crisi economica mondiale del 2008 e dunque anche le istituzioni Europee si sono trovate a dover elaborare strategie di uscita. Come vedremo meglio nel prosieguo del lavoro, l’approccio seguito dalle istituzioni, in particolare dalla Commissione, tende a favorire una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva. Questi sono le priorità poste dalla Commissione nel 2010 nella comunicazione intitolata *Strategia Europa 2020*¹⁴⁸, attraverso cui si attesta la volontà politica di affrontare un periodo di recessione mettendo al centro il principio dello sviluppo sostenibile quale spinta per il rilancio dell’economia. Più precisamente, l’idea di fondo portata avanti dalla

sostenibilità energetica e ambientale negli appalti pubblici. L’emersione dell’istituto degli “appalti verdi” nel panorama europeo e nazionale, www.Italappalti.it, febbraio 2017, pp.1-37, qui p. 8.

¹⁴⁸ Cfr. Comunicazione della Commissione del 3 Marzo 2010, *Europa 2020 — Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/ALL/?uri=CELEX%3A52010DC2020> (consultato il 20 dicembre 2018).

Commissione consiste nel sostenere che la “promozione di un maggiore uso degli appalti pubblici verdi” da parte degli Stati membri possa avere ricadute positive sulla crescita economica, stimolando il settore dei prodotti eco-compatibili e favorendo investimenti diretti finalizzati al loro sviluppo e alla loro maggior diffusione. In questo senso, la Commissione invita esplicitamente gli Stati membri a “utilizzare strumenti basati sul mercato, come incentivi fiscali e appalti, per adeguare i metodi di produzione e di consumo”¹⁴⁹.

Sarà analizzato meglio in seguito come vi siano molti punti di contatto tra la *Strategia Europa 2020* e le nuove direttive del 2014 basati sulla comune promozione di forme di approvvigionamento verde (GPP, ossia *green public procurement*). Occorre però fare un piccolo passo indietro, focalizzando l’attenzione sui contenuti fondamentali del dialogo istituzionale che ha portato alla loro adozione. Al centro della discussione si riscontra la contrapposizione tra due visioni della regolamentazione avente per oggetto lo sviluppo degli appalti verdi. In un primo momento l’ipotesi di considerare i criteri ambientali nell’aggiudicazione degli appalti è apparsa come una facoltà di cui si sarebbero potute avvalere le amministrazioni pubbliche. Solo in un secondo momento si è diffusa la tendenza a considerare questa facoltà come un’auspicabile evoluzione della normativa in termini vincolanti, anche se nella disciplina europea non è dato riscontrare al riguardo la presenza di “*mandatory rules*” aventi carattere generale. Altro tema saliente del dialogo istituzionale è stato sicuramente quello incentrato sulla convenienza o meno di una maggiore flessibilità-adattabilità in capo alle

¹⁴⁹ Ivi, paragrafo 2, p. 18.

amministrazioni nella predisposizione delle procedure di gara, garantendo alle stesse una maggiore discrezionalità¹⁵⁰.

In linea con le questioni che sono state anticipate, appare opportuno fare riferimento ad un'altra comunicazione della Commissione, del 2008, intitolata *Appalti pubblici per un ambiente migliore*¹⁵¹. In questo documento la Commissione si sofferma sui due aspetti fondamentali del problema: da un lato, i criteri ambientali da inserire nelle procedure e gli ostacoli che vengono individuati; dall'altro, l'obbligatorietà auspicata di tali criteri. La Commissione, in continuità con precedenti comunicazioni, individua, come primo ostacolo allo sviluppo del *green public procurement*, l'incertezza sull'introduzione dei criteri ambientali con riferimento alla conformità di questi ultimi rispetto alla normativa comunitaria. Altri ostacoli individuati sono, a titolo esemplificativo, la poca pubblicizzazione dei criteri ambientali, la scarsa consapevolezza circa i vantaggi dei prodotti ecocompatibili, la mancanza di coordinamento tra amministrazioni centrali e periferiche quanto a informazioni e *best practices*. Per quanto riguarda invece l'auspicata obbligatorietà di tali criteri, la Commissione rinvia al *Piano d'azione sul consumo e sulle produzioni sostenibili*¹⁵², che rientra nella *Strategia europea su consumo e sviluppo*

¹⁵⁰Cfr. G. Fidone, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, n. 5, pp. 819-875.

¹⁵¹Comunicazione della Commissione n. 400 del 2008, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52008DC0400> (consultato il 21 dicembre 2018).

¹⁵² Piano d'azione sul consumo e le produzioni sostenibili, comunicazione della commissione n. 397 del 2008, che fa parte della strategia europea sul consumo e lo sviluppo sostenibile, sempre del 2008. http://www.minambiente.it/sites/default/files/archivio/allegati/GPP/all.to_44_COM_2008_397_piano_azione_scp.pdf (consultato il 21 dicembre 2018).

sostenibile, sempre del 2008, in cui veniva proposto di adottare a livello Europeo criteri verdi e criteri di inclusione sociale aventi natura obbligatoria. Le ragioni di tale opzione possono essere sintetizzate in due punti: da un lato, nella possibilità della promozione di prodotti con un'alta valenza ambientale ed economico-sociale; dall'altro, nella opportunità di evitare che singole normative nazionali di incentivo potessero essere in grado di distorcere la concorrenza nel mercato unico¹⁵³. Il percorso tracciato dalla Commissione è sicuramente, nelle sue intenzioni, rivolto ad un rafforzamento del *green public procurement* e all'inclusione di considerazioni sociali in un'ottica di obbligatorietà. Tuttavia, come anticipato, tutto ciò è rimasto lettera morta. Infatti, ad oggi, non esistono criteri ambientali minimi, aventi natura vincolante, di matrice Europea (i c.d. CAM, che, come vedremo, sono stati previsti come obbligatori dal legislatore Italiano). Possiamo ricavare da quanto detto che i tempi non erano ancora maturi per un *procurement* oltre che verde anche sostenibile dal punto di vista sociale.

In ogni caso, questa presa di posizione della Commissione si colloca in un periodo in cui la crisi economica era appena cominciata, e di conseguenza le considerazioni sul futuro della regolamentazione degli appalti non potevano essere influenzate dalle conseguenze generate dalla crisi. Invece sul versante opposto, si pone la già citata comunicazione del 2010 della Commissione: *Europa 2020, una strategia per*

¹⁵³ Cfr. Introduzione della Comunicazione della Commissione n. 397 del 2008, *Piano d'azione sul consumo e le produzioni sostenibili*.

*una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*¹⁵⁴, in cui ci troviamo nel pieno della crisi e la Commissione prova a indicare la direzione per uscirne. Preso atto del differente quadro economico, dovuto ad una crisi che “ha vanificato anni di progressi economici e sociali e messo in luce le carenze strutturali dell'economia europea”, la Commissione delinea una strategia per “trasformare l’Unione Europea in un’economia intelligente, sostenibile ed inclusiva, caratterizzata da alti livelli di occupazione, produttività e coesione sociale”¹⁵⁵.

Queste sono le priorità che emergono dalla strategia delineata dalla Commissione. In particolare, quest’ultima con la formula “crescita intelligente” intende riferirsi a investimenti nei settori della ricerca, dell’istruzione e dell’innovazione; con la formula “crescita sostenibile”, intende promuovere un’economia più efficiente sotto il profilo delle risorse, più verde e più competitiva; infine, con la formula “crescita inclusiva”, si riferisce a politiche che promuovano la coesione sociale e territoriale e il miglioramento del mercato del lavoro¹⁵⁶. La Commissione ha previsto inoltre cinque obiettivi (occupazione, ricerca ed innovazione, cambiamento climatico ed energia, istruzione, lotta contro la povertà)¹⁵⁷,

¹⁵⁴Comunicazione della Commissione del 2010, *Strategia Europa 2020*, disponibile online http://publications.europa.eu/resource/ellar/6a915e39-0aab-491c-8881-147ec91fe88a.0008.02/DOC_1 (consultato il 29 dicembre 2018)

¹⁵⁵ Ivi, introduzione, p.5.

¹⁵⁶ Cfr. ivi, Paragrafo 2, p.11.

¹⁵⁷ Più nello specifico, i cinque obiettivi posti dalla strategia Europa 2020 sono: 1) l’innalzamento del tasso di occupazione (fino al 75% per le persone tra i 20 e i 64 anni); 2) l’aumento degli investimenti in Ricerca e Sviluppo (fino al 3% del PIL dell’Unione migliorando gli investimenti del settore privato); 3) il c.d. target 20/20/20, ossia la maggiore attenzione ai cambiamenti climatici (ridurre del 20 o 30%, se le condizioni lo permetteranno, le emissioni dei gas serra rispetto a quelle degli anni ‘90) e alle politiche energetiche (portare al 20% la quota di energia prodotta da rinnovabili

rappresentativi di tali priorità, ed inoltre sette iniziative denominate iniziative-faro, entro cui far confluire i progressi relativi a ciascuna area prioritaria.¹⁵⁸ Di particolare interesse, per il tema degli appalti, risulta la concezione di “crescita sostenibile” fatta propria dalla Commissione, che esplicitamente collega la nozione stessa di efficienza a profili di sostenibilità ambientale e sociale¹⁵⁹, evitando di darne una lettura meramente economicistica e quantitativa. In tal modo, viene sottolineato come l’introduzione di misure in grado di coniugare la tutela dell’ambiente e il progresso socio-economico possa essere la risposta più adeguata

e migliorare del 20% l’efficienza energetica); 4) il miglioramento dei livelli di istruzione (laurea per il 40% dei giovani di tra i 30 e i 34 anni) e diminuzione della dispersione scolastica (inferiore al 10%); 5) la promozione dell’inclusione sociale attraverso politiche di riduzione della povertà (abbassare del 25% il numero di europei che vivono al di sotto della soglia di povertà).

¹⁵⁸ Tra le varie iniziative-faro, risultano particolarmente interessante, per il tema che stiamo analizzando, quelle delineate nella Comunicazione 2011/0571 intitolata *Tabella di marcia verso un’Europa efficiente sotto il profilo delle risorse*, in cui si sottolinea come tale strategia possa “contribuire a scindere la crescita dall’utilizzo delle risorse”, favorire il passaggio a un’economia a bassa emissioni di carbonio, incrementare l’uso delle fonti di energia rinnovabile, modernizzare il nostro settore dei trasporti e promuovere l’efficienza energetica (disponibile online <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011DC0571&from=IT> , consultato il 29 dicembre 2018).

¹⁵⁹ “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 (tecnologie dell’informazione e della comunicazione), sfruttare le reti su scala europea e aumentare i vantaggi competitivi delle nostre imprese, specie per quanto riguarda l’industria manifatturiera e le PMI (piccole e medie imprese), 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”. Comunicazione della Commissione del 2010, *Strategia Europa 2020*, cit., paragrafo 2, p. 16.

ed efficace per superare la crisi. In questo senso, in una congiuntura che risentiva direttamente della crisi del 2008, la visione della Commissione è stata senza dubbio lungimirante. Le coordinate tracciate dalla Strategia Europa 2020 sono state implementate, per quanto attiene al settore degli appalti, dal *Libro verde per la modernizzazione della politica dell'Ue in materia di appalti pubblici* del 2011¹⁶⁰. Nell'introduzione a quest'ultimo viene fatto cenno, per l'appunto, all'obiettivo primario di una maggiore efficienza della spesa pubblica, attraverso l'accrescimento della concorrenza nel mercato degli appalti e allo stesso tempo tramite misure volte a semplificare le procedure di gara. Ciò in vista di favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese nonché agli operatori transfrontalieri¹⁶¹. Tra gli obiettivi complementari, per realizzare una maggiore efficienza della spesa pubblica, il *Libro verde* rinvia ad un "uso strategico degli appalti pubblici" da parte delle amministrazioni.

Declinando tale concetto, la Commissione intende riferirsi ad "un miglior uso degli appalti a sostegno di obiettivi sociali comuni quali: la tutela ambientale, una maggior efficienza energetica e delle risorse, la lotta ai cambiamenti climatici, la promozione dell'innovazione e dell'inclusione sociale..."¹⁶². Viene tuttavia

¹⁶⁰Comunicazione della Commissione del 27 gennaio 2011, n.15, *Il Libro verde per la modernizzazione della politica dell'Unione Europea in materia di appalti pubblici, per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti pubblici*, disponibile online al:

<https://publications.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/04a30c4a-e533-41ec-a039-231f1aa39645/language-it>

(consultato il 29 dicembre 2018).

¹⁶¹ Cfr. *ivi*, p. 4.

¹⁶² *Ivi*, p. 5 e, più nello specifico, *ivi*, paragrafo 4, pp. 36 e seguenti, ove si afferma: "Le amministrazioni pubbliche possono offrire un importante contributo alla realizzazione degli obiettivi

precisato che rimane in ogni caso centrale la necessità di contemperare tali esigenze di natura ambientale e sociale con quelle economiche che gravano sulle stazioni appaltanti, vincolate a far quadrare i conti pubblici. Gli esborsi, dunque, non dovranno essere sproporzionati in relazione agli obiettivi perseguiti, altrimenti si potrebbe ricadere nella disciplina degli aiuti di stato, ed inoltre non dovrà essere compromessa la libera concorrenza tra operatori economici¹⁶³.

Sulla base di tali premesse, la Commissione prosegue indicando due metodologie, la prima avente ad oggetto il “come acquistare” e la seconda il “cosa acquistare”, ritenute idonee a perseguire gli obiettivi indicati. Si tratta di proposte volte ad aprire un dibattito istituzionale, delineate sotto forma di interrogativi, in cui la Commissione valuta i *pro* e i *contra* in relazione alle modalità degli acquisti e al relativo oggetto. Per quanto riguarda il “come acquistare”, vengono illustrati gli strumenti ritenuti maggiormente idonei a tenere in considerazione i citati obiettivi strategici. In relazione al “che cosa acquistare”, viene valutata la possibilità di introdurre requisiti obbligatori per le amministrazioni o incentivi idonei ad indirizzare le scelte di acquisto su determinate tipologie di beni e servizi¹⁶⁴. Con la prima metodologia, il “come acquistare”, la Commissione si pone alcuni

della strategia Europa 2020... per appaltare beni e servizi a maggiore valenza “sociale”, per favorire l’innovazione, rispettare l’ambiente e lottare contro i cambiamenti climatici, riducendo il consumo energetico, aumentando l’occupazione, migliorando la salute pubblica e le condizioni sociali, e promuovendo l’uguaglianza e l’inclusione dei gruppi svantaggiati. La 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”.

¹⁶³ Cfr. *ibid.*

¹⁶⁴ Cfr. G. Fidone, F. Mataluni, *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti Pubblici*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell’ambiente*, Giappichelli, 2016 n.3, pp. 4-66, qui p. 25 e seguenti.

interrogativi sul come poter migliorare gli strumenti a disposizione delle amministrazioni, valutando alcune soluzioni volte a garantire maggiore flessibilità delle procedure, ampliando di conseguenza la discrezionalità delle stazioni appaltanti. Così, volendo fare alcuni esempi, la Commissione valuta se sia preferibile la procedura negoziata, con pubblicazione del bando di gara, quale modello di riferimento per includere considerazioni ambientali e sociali; se l'istituto del dialogo competitivo sia idoneo a prestarsi a tali considerazioni; se risulti conveniente che le stazioni appaltanti valutino la precedente esperienza e competenza tecnica degli operatori economici in materia ambientale; se sia conveniente abrogare il criterio del prezzo più basso o quanto meno limitarne le possibilità di utilizzo¹⁶⁵. Inoltre, la Commissione si interroga sulla possibilità di rivalutare il requisito del necessario collegamento con l'oggetto dell'appalto, per quanto riguarda l'introduzione di considerazioni collegate a politiche ambientali o sociali¹⁶⁶. La scelta di sganciare l'inserimento di tali considerazioni dall'oggetto dell'appalto, per quanto rispecchi il meritevole intento di voler aumentare la responsabilità in campo ambientale e sociale delle imprese, appare non praticabile, per evitare distorsioni della concorrenza che potrebbero andare a crearsi¹⁶⁷.

¹⁶⁵ *Ibid.* Gli autori rinviano ai quesiti posti dalla Commissione, nel citato *libro verde* del 2011, sezione "come acquistare", in particolare i quesiti che vanno dal numero 64 al numero 78.

¹⁶⁶ Quesiti posti dalla Commissione, nel *libro verde* del 2011, sezione "come acquistare", dal numero 79 al numero 82.

¹⁶⁷ Cfr. Comunicazione della Commissione del 27 gennaio 2011, n.15, *Il Libro verde per la modernizzazione della politica dell'Unione Europea in materia di appalti pubblici, per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti pubblici*, pp. 42 e seguenti.

Passando ad analizzare la seconda metodologia per realizzare gli obiettivi strategici posti dalla *Strategia Europa 2020*, ossia il “che cosa acquistare”, la Commissione si muove anzitutto nell’ottica di imporre requisiti obbligatori circa le caratteristiche di prodotti, lavori e servizi da appaltare oppure in via secondaria nel prevedere incentivi per acquisti ecocompatibili. Nel *Libro verde* la Commissione parte dall’assunto che, sulla base delle direttive del 2004, le amministrazioni siano libere nello stabilire cosa acquistare, salvo dover rispettare i requisiti obbligatori già previsti dal diritto europeo per alcuni prodotti settoriali¹⁶⁸. La proposta sarebbe quella di generalizzare, in relazione a tutti gli appalti, il contenuto di tali prescrizioni obbligatorie. Così, per fornirne un esempio, potrebbero essere imposti alle amministrazioni requisiti obbligatori in ordine a livelli massimi di utilizzazione di energia, risorse e sostanze inquinanti, oppure prescrivere livelli minimi per quanto attiene al riciclaggio o all’acquisto di prodotti ecocompatibili da parte delle amministrazioni¹⁶⁹. Come anticipato, altra strada prospettata è quella di prevedere degli incentivi di carattere finanziario, senza dunque alcuna imposizione dall’alto,

¹⁶⁸ Cfr. G. Fidone, F. Mataluni, *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti Pubblici*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell’ambiente*, Giappichelli, Torino 2016, n.3, pp. 26 e seguenti. Gli autori fanno riferimento alle prescrizioni obbligatorie, contenute in particolare: nel Regolamento 106/2008/CE (c.d. regolamento Energy Star) secondo il quale le amministrazioni devono richiedere una determinata efficienza energetica nei propri appalti; alla Direttiva 2009/33/CE che, avendo promosso la diffusione di veicoli puliti e a basso consumo energetico, esige dalle amministrazioni che le decisioni sugli appalti pubblici vengano prese tenendo conto dell’impatto energetico o di altri tipi di impatto ambientale; alla Direttiva 2006/32/CE, relativa alla efficienza degli usi finali dell’energia e dei servizi energetici, secondo la quale il settore pubblico dovrà adottare misure capaci incentivare l’efficienza energetica negli appalti; alla Direttiva 2009/28/CE, che incentiva l’utilizzo di energia ricavata da fonti rinnovabili e infine alla direttiva 2010/31/UE avente per oggetto la promozione di energia pulita nell’edilizia pubblica.

¹⁶⁹ Cfr. *ibid.*

per spingere le amministrazioni all'acquisto di prodotti ecocompatibili, socialmente inclusivi o innovativi¹⁷⁰. Tutte le questioni che vengono affrontate dalla Commissione nel *Libro verde* del 2011 non hanno chiaramente risposte univoche, al contrario sono state oggetto di valutazione e contemperamento proprio in vista dell'approvazione delle direttive del 2014.

Un ultimo accenno, prima di analizzare le direttive in questione, va fatto ad un altro atto di *soft law* redatto dalla Commissione, sempre nel 2011, il manuale *Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*¹⁷¹. Nella guida la Commissione si rivolge alle amministrazioni pubbliche in vista di una sensibilizzazione sui potenziali benefici di appalti socialmente orientati. La Commissione fornisce vari esempi sul come introdurre criteri sociali nella politica degli acquisti pubblici: promuovere l'occupazione (specie giovanile, dei disoccupati di lungo corso), un lavoro dignitoso, l'inclusione sociale nonché la progettazione e l'accessibilità per persone affette da disabilità, sostenere un commercio eticamente orientato, sensibilizzare la responsabilità sociale d'impresa su base collaborativa¹⁷². Le istituzioni comunitarie, in particolare con le iniziative della Commissione, hanno dunque intrapreso un cammino volto a sostenere da un lato gli acquisti verdi (GPP), dall'altro anche acquisti socialmente orientati

¹⁷⁰ Cfr. Comunicazione della Commissione del 27 gennaio 2011, n.15, *Il Libro verde per la modernizzazione della politica dell'Unione Europea in materia di appalti pubblici, per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti pubblici*, cit., pp. 47 e seguenti.

¹⁷¹ *Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*. Pubblicata nel gennaio 2011. Disponibile al sito: <https://publications.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/cb70c481-0e29-4040-9be2-c408cddf081f/language-it> (consultato il 28 dicembre 2018).

¹⁷² Cfr. Ivi. pp. 8 e seguenti

(*Socially Responsible Public Procurement*)¹⁷³. Volendo prendere in prestito le parole contenute nella guida: “Gli aspetti sociali possono essere combinati con gli aspetti ambientali in un approccio integrato verso la sostenibilità negli appalti pubblici”¹⁷⁴. Conclusa l’analisi del contesto politico che ha portato, dapprima alla proposta e alla relativa formulazione, ed in seguito all’approvazione delle Direttive del 2014, possiamo ad analizzarle.

2.3.3. Le nuove Direttive sul public procurement del 2014

Le Direttive del 2014 in materia di appalti pubblici sono tre: la Direttiva 2014/23/UE che disciplina autonomamente i contratti di concessione¹⁷⁵, dapprima regolamentati in alcune disposizioni della Direttiva 2004/18/CE; la Direttiva 2014/24/UE, c.d. Direttiva appalti¹⁷⁶, che va ad abrogare la Direttiva 2004/18/CE; la Direttiva 2014/25/UE relativa agli appalti nei c.d. settori speciali¹⁷⁷ che sostituisce la Direttiva 2004/17/CE e si applica alle procedure degli enti che operano nei settori dell’acqua, energia, trasporti e servizi postali. L’attenzione sarà concentrata in particolare sulla Direttiva 24, che si occupa delle procedure di affidamento nei settori ordinari, da ricavare per esclusione rispetto a quelli elencati espressamente nella direttiva sui settori speciali. Come anticipato in precedenza, le

¹⁷³ Definizione contenuta proprio nella parte introduttiva della *Guida*.

¹⁷⁴ Ivi. p.7.

¹⁷⁵ Direttiva 2014/23/UE, sulle concessioni, disponibile al sito: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0023> (consultato il 29 dicembre 2018)

¹⁷⁶ Direttiva 2014/24/UE, sugli appalti nei settori ordinari, disponibile al sito: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A32014L0024> (consultato il 29 dicembre 2018)

¹⁷⁷ Direttiva 2014/25/UE, sugli appalti nei settori speciali, disponibile al sito: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A32014L0025> (consultato il 29 dicembre 2018)

Direttive del 2014 si pongono lungo una duplice linea direttrice: da una parte sono orientate a garantire l'efficienza della spesa pubblica e l'apertura alla concorrenza, tramite una pluralità di modelli di gara adattabili al caso concreto, che lasciano spazio a scelte discrezionali delle amministrazioni¹⁷⁸. Dall'altra, pongono al centro l'obiettivo complementare, già emerso nella *Strategia Europa 2020* e nel *Libro verde* del 2011, di un "uso strategico" degli appalti nel senso di un "perseguimento di obiettivi sociali, quali l'aumento dell'occupazione e la promozione delle piccole e medie imprese, e ambientali"¹⁷⁹. Dunque, per tener conto di tali esigenze, le direttive operano un bilanciamento tra interessi in conflitto, facendo in alcuni casi prevalere gli interessi socio-ambientali su quelli legati alla concorrenza e all'efficienza economica¹⁸⁰. In seguito vedremo come alcune disposizioni puntuali delle direttive si orientino in questa direzione. Inoltre il collegamento tra le nuove Direttive in materia di appalti pubblici e gli obiettivi delineati dalla *Strategia Europa 2020* risulta in maniera evidente dal *considerando* numero 2 della Direttiva 24¹⁸¹, dal quale infatti si desume come la riforma del settore degli appalti pubblici

¹⁷⁸ Cfr. G. Fidone - F. Mataluni, *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti Pubblici*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, Giappichelli, 2016, n.3, cit. pp. 28 e seguenti. In particolare le nuove procedure previste sono: la procedura competitiva con negoziazione, all'art. 29, procedura ristretta, che va a sostituire la procedura negoziata previa pubblicazione del bando; all'art. 31 la partnership innovativa, procedura anch'essa ristretta che si basa sul confronto tra concorrenti, volto alla ricerca e allo sviluppo di soluzioni innovative.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ Cfr. L. Arcucci, *La tutela delle esigenze ambientali, sociali ed occupazionali nelle nuove Direttive in materia di contratti pubblici*, 2014, in www.lineavcp.it, pp.1-14, qui p. 6. Nello stesso senso, Cfr., C. Irti, *Gli "appalti verdi" tra pubblico e privato*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2017, pp. 183-210, qui p. 186.

¹⁸¹ Il *considerando* n. 2 della direttiva 2014/24/UE recita: "gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella *Strategia Europa 2020*... in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul

sia, nell'ottica del legislatore comunitario, uno strumento per il rilancio dell'economia volto al definitivo superamento della crisi¹⁸². Di conseguenza, è proprio avendo di mira “l'obiettivo di favorire la sostenibilità ambientale, l'occupazione, l'inclusione sociale in materia di appalti, che vengono introdotte disposizioni normative che tutelano tali esigenze”¹⁸³.

Nel settore delle commesse pubbliche dunque, il legislatore si è orientato non solo verso la promozione del *Green Public Procurement*, ossia degli appalti verdi attraverso i quali realizzare politiche ambientali e di sviluppo territoriale sostenibile, ma anche verso il *Socially Responsible Public Procurement*, ossia gli appalti sociali, il cui oggetto non è focalizzato solamente su criteri di efficienza economica, ma anche e soprattutto sulle ricadute sociali e occupazionali degli stessi¹⁸⁴. Altro importante fattore di crescita, che ha spinto le istituzioni europee alla riforma della materia, emerge dal *considerando* 47 della direttiva 24, secondo il quale, sulla scia dei contenuti della *Strategia Europa 2020*, la ricerca e l'innovazione, comprese “l'eco-innovazione e l'innovazione sociale”, possono

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...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 per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale”.

¹⁸² Cfr. L. Arecchi, *La tutela delle esigenze ambientali, sociali ed occupazionali nelle nuove Direttive in materia di contratti pubblici*, 2014, cit. p. 4.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ Cfr. A. Di Giovanni, *L'ambiente sostenibile nel nuovo codice degli appalti: Green public procurement e certificazioni ambientali*. In *Il diritto dell'economia*, vol. 31, n. 95 (1 2018), pp. 157-180. Qui p. 169.

costituire “uno dei principali motori della crescita futura...per migliorare l’efficienza e la qualità dei servizi pubblici e nello stesso tempo affrontare le principali sfide a valenza sociale”¹⁸⁵.

Di particolare rilevanza, inoltre, è l’inserimento per la prima volta tra i principi generali, dell’obbligo imposto agli Stati di prevedere, nell’esecuzione dei contratti, misure volte a far garantire il rispetto della normativa in materia ambientale, sociale e del lavoro¹⁸⁶. Più in particolare, l’articolo 18, della Direttiva 24, rubricato “Principi per l’aggiudicazione degli appalti”, al paragrafo 2, prescrive che gli aggiudicatari debbano rispettare, nell’esecuzione del contratto, gli obblighi che derivano dal diritto europeo, dal diritto nazionale, in particolare dall’applicazione dei contratti collettivi, e dal diritto internazionale¹⁸⁷. La ragione di tale scelta sembra potersi rinvenire nella volontà di attribuire alle esigenze di natura sociale,

¹⁸⁵ Ecco il passo del Considerando n. 47 della direttiva 2014/24/UE da cui è tratta la citazione: “La ricerca e l’innovazione, comprese l’eco-innovazione e l’innovazione sociale, sono uno dei principali motori della crescita futura e sono state poste al centro della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva. Le autorità pubbliche dovrebbero utilizzare gli appalti pubblici strategicamente nel miglior modo possibile per stimolare l’innovazione. L’acquisto di prodotti, lavori e servizi innovativi svolge un ruolo fondamentale per migliorare l’efficienza e la qualità dei servizi pubblici e nello stesso tempo affrontare le principali sfide a valenza sociale. Ciò contribuisce a ottenere un rapporto più vantaggioso qualità/prezzo nonché maggiori benefici economici, ambientali e per la società attraverso la generazione di nuove idee e la loro traduzione in prodotti e servizi innovativi, promuovendo in tal modo una crescita economica sostenibile”.

¹⁸⁶ Cfr. L. Arecchi, *La tutela delle esigenze ambientali, sociali ed occupazionali nelle nuove Direttive in materia di contratti pubblici*, 2014, cit. p.6

¹⁸⁷ Cfr. articolo 18, paragrafo 2 della direttiva 2014/24/UE che recita: “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”.

ambientale e di tutela occupazionale, una valenza principale nella disciplina degli appalti pubblici¹⁸⁸. In aggiunta all'importanza programmatica dell'inclusione di tali considerazioni tra i principi generali della materia, c'è da dire che tutte le fasi della procedura di gara sono influenzate da valutazioni in tal senso. Volendo partire dai *Considerando* della Direttiva 24, si può rinviare al *considerando* numero 3, in cui è prescritta l'applicazione della Convenzione ONU, avente ad oggetto i diritti delle persone con disabilità, per quanto riguarda la definizione delle specifiche tecniche, dei criteri di aggiudicazione e delle condizioni di esecuzione dell'appalto¹⁸⁹. Al *considerando* 101, per quanto riguarda la fase di ammissione dei candidati, viene sancito espressamente che la violazione di obblighi derivanti dalla normativa ambientale, sociale o del lavoro costituisca un "grave illecito" che colpisce l'affidabilità dell'operatore, potendo comportare l'esclusione dalla gara¹⁹⁰. Al *considerando* numero 97, per quanto riguarda criteri di aggiudicazione e condizioni di esecuzione del contratto, è previsto che per l'integrazione di considerazioni sociali ed ambientali nelle procedure di gara, possa essere considerata qualsiasi fase del ciclo di vita dei prodotti o servizi oggetto del

¹⁸⁸ Cfr. L.Arecchi, *La tutela delle esigenze ambientali, sociali ed occupazionali nelle nuove Direttive in materia di contratti pubblici*, 2014, cit. pp. 6 e seguenti.

¹⁸⁹ Cfr. il *considerando* n. 3 della direttiva 2014/24/UE che recita: "Nell'applicare la presente direttiva si dovrebbe tener conto della convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, soprattutto per quanto riguarda la scelta dei mezzi di comunicazione, le specifiche tecniche, i criteri di aggiudicazione e le condizioni di esecuzione di un appalto".

¹⁹⁰ Cfr. L.Arecchi, *La tutela delle esigenze ambientali, sociali ed occupazionali nelle nuove Direttive in materia di contratti pubblici*, 2014, cit. p. 7.

contratto, e ne viene fornita un'elencazione esemplificativa¹⁹¹. Inoltre il *considerando* numero 98, in relazione alle sole condizioni di esecuzione dell'appalto, è orientato nell'ottica della promozione di misure a sostegno dell'uguaglianza di genere sul luogo di lavoro, della protezione ambientale e delle specie animali, dell'assunzione di persone in condizioni svantaggiate¹⁹².

Dopo questa iniziale disamina di alcuni dei *considerando* introduttivi della direttiva 24, possiamo passare ad un'analisi delle disposizioni puntuali. Per evitare di essere ripetitivi, occorre precisare che alcune disposizioni innovative introdotte dalle precedenti direttive del 2004 risultano confermate nelle nuove direttive¹⁹³. Ciò è avvenuto in relazione all'istituto delle specifiche tecniche, disciplinato all'articolo 43 della direttiva 18 (unica novità di rilievo è la possibilità di considerare, nella loro definizione, l'intero ciclo di vita del prodotto, servizio, lavoro cui si

¹⁹¹ Considerando n. 97 della direttiva 2014/24/UE che recita: “Inoltre, 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 o condizioni di esecuzione dell'appalto 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...”.

¹⁹² Seconda parte del Considerando n. 98 della direttiva 2014/24/Ce , che recita : “... Le condizioni di esecuzione dell'appalto potrebbero anche essere intese a favorire l'attuazione di misure volte a promuovere l'uguaglianza tra uomini e donne nel 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, a rispettare in sostanza le disposizioni delle convenzioni fondamentali dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) e ad assumere un numero di persone svantaggiate superiore a quello stabilito dalla legislazione nazionale”.

¹⁹³ Cfr. G. Fidone - F. Mataluni, *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti Pubblici*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, Giappichelli, 2016, n.3, cit. p. 30.

riferiscono)¹⁹⁴; e in relazione alle eco-etichettature e alle misure di gestione ambientale, in cui viene confermato il principio di equivalenza¹⁹⁵.

Passando alle novità introdotte dalle Direttive del 2014, possiamo partire dalle cause di esclusione dalla procedura di gara che, in continuità con quanto affermato nel *considerando* 101, il legislatore disciplina all'articolo 57. In particolare il quarto paragrafo, lettera a), dispone che l'operatore possa essere escluso dalla gara nel caso in cui l'amministrazione accerti la violazione degli obblighi posti dall'articolo 18, paragrafo 2, della direttiva 24¹⁹⁶. L'introduzione di una specifica ipotesi di esclusione dalla gara, collegata direttamente alla violazione della normativa in materia ambientale, sociale o del lavoro durante l'esecuzione di precedenti appalti, costituisce un'importante novità delle direttive¹⁹⁷. Infatti, secondo la vecchia disciplina, la possibilità di escludere un operatore dalla procedura di gara per violazioni in tal senso, veniva ricostruita dalla giurisprudenza in via interpretativa utilizzando il criterio elastico posto dalla lettera c) dell'articolo 38 della direttiva

¹⁹⁴ Inoltre viene confermata dall'articolo 43 la necessità di definire nelle specifiche anche aspetti di carattere sociale, come espressamente disposto dal primo paragrafo dell'articolo in questione: "Per tutti gli appalti destinati all'uso da parte di persone fisiche... è necessario che le specifiche tecniche, salvo in casi debitamente giustificati, siano elaborate in modo da tenere conto dei criteri di accessibilità per le persone con disabilità o di progettazione adeguata per tutti gli utenti".

¹⁹⁵ Rispettivamente disciplinati nella direttiva 2014/24/UE agli articoli 43 e 50. Rinvio a pagina 72 della presente tesi dove il tema è trattato in maniera più dettagliata.

¹⁹⁶ Articolo 57, paragrafo 4, lettera a), della direttiva 2014/24/UE che recita: "Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere... dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni: a) ove l'amministrazione aggiudicatrice possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la violazione degli obblighi applicabili di cui all'articolo 18, paragrafo 2".

¹⁹⁷ Cfr. L. Arecchi, *La tutela delle esigenze ambientali, sociali ed occupazionali nelle nuove Direttive in materia di contratti pubblici*, 2014, cit. p. 8.

2004/18/CE. Come illustrato nel precedente paragrafo, era necessaria una sentenza di condanna passata in giudicato per “reati gravi” che incidessero sulla moralità professionale dell’operatore¹⁹⁸. Con il recepimento della nuova Direttiva le stazioni appaltanti, invece, potranno escludere l’operatore che non abbia rispettato la normativa in precedenti appalti, senza dover aspettare alcuna sentenza definitiva e senza dover effettuare una valutazione circa il “peso” del reato sulla moralità professionale dell’operatore. Vi sono ulteriori richiami, in altre disposizioni della direttiva 24, al principio generale enunciato dall’articolo 18, paragrafo 2. Ad esempio, all’ultimo periodo dell’articolo 56, primo paragrafo, è previsto che l’amministrazione possa decidere di non aggiudicare l’appalto all’operatore che abbia presentato l’offerta economicamente più vantaggiosa, se risulta che quest’ultimo non abbia rispettato gli obblighi relativi agli interessi ambientali, sociali e occupazionali enunciati dall’articolo 18, paragrafo 2¹⁹⁹. Altro richiamo è contenuto nell’ articolo 69, paragrafo 3, per ciò che riguarda le “offerte anormalmente basse”, in cui è previsto che l’amministrazione è tenuta a respingere l’offerta una volta accertato che l’ “anomalia” sia conseguenza del mancato rispetto degli obblighi di cui all’articolo 18, paragrafo 2²⁰⁰. Infine nella fase di esecuzione dell’appalto, vi è un ulteriore rinvio al paragrafo 2 dell’articolo 18, per ciò che riguarda la disciplina del sub-appalto. Sembrerebbe proprio che la regolazione di tale fase, a differenza delle direttive del 2004, sia diretta a garantire una tutela

¹⁹⁸ Cfr. pag. 75 della presente tesi, in cui il tema è trattato in maniera più approfondita

¹⁹⁹ Cfr. G. Fidone - F. Mataluni, *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti Pubblici*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell’ambiente*, Giappichelli, 2016, n.3, cit. pp. 32 e seguenti.

²⁰⁰ Cfr. *Ibid.*

effettiva delle esigenze ambientali, sociali e lavorative lungo “tutto il ciclo di vita del contratto e anche nei possibili contratti da esso derivati”²⁰¹. Infatti l’articolo 71, primo paragrafo della Direttiva, prescrive che il rispetto degli obblighi in questione valga anche per i sub-appaltatori e debba essere garantito attraverso azioni mirate da parte delle autorità di vigilanza competenti nel settore delle commesse pubbliche²⁰². Inoltre al sesto paragrafo del medesimo articolo vengono delineate due misure ulteriori: da un lato è previsto un meccanismo di responsabilità solidale tra i due contraenti, se la legislazione nazionale lo consente; dall’altro viene imposto alle amministrazioni aggiudicatrici un obbligo di verifica della sussistenza di cause di esclusione, tra cui la violazione degli obblighi posti dall’articolo 18, paragrafo 2, anche in relazione ai sub-appaltatori²⁰³. Queste previsioni hanno il chiaro intento di scoraggiare pratiche di *dumping* sociale, ossia il ricorso ad operatori e società provenienti da Stati in cui il costo del lavoro e le tutele sociali ed ambientali siano inferiori rispetto a quanto prescritto in ambito europeo²⁰⁴. Altra importante novità introdotta dalle direttive del 2014 è il superamento dell’equiparazione tra i due criteri tradizionali di valutazione delle offerte volti all’aggiudicazione degli appalti. Infatti l’articolo 67, primo paragrafo, delinea quale criterio generale per l’aggiudicazione degli appalti, quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa

²⁰¹ L. Arecchi, *La tutela delle esigenze ambientali, sociali ed occupazionali nelle nuove Direttive in materia di contratti pubblici*, 2014, cit. pp. 10 e seguenti.

²⁰² Cfr. *Ibid.*

²⁰³ Cfr. *Ibid.*

²⁰⁴ Cfr. B. Ferri, *Il Green public procurement come strumento di sviluppo sostenibile*, in www.AmbienteDiritto.it, 2014, pp. 1-19, qui p. 15. Nello stesso senso: L. Arecchi, *La tutela delle esigenze ambientali, sociali ed occupazionali nelle nuove Direttive in materia di contratti pubblici*, 2014, cit. p. 12.

rispetto al criterio del prezzo più basso, relegato a criterio residuale²⁰⁵. Si desume inoltre, dal secondo paragrafo dell'articolo, che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa abbia acquisito i contorni di "concetto generale" che sintetizza da un lato gli aspetti economici dell'offerta, da valutare alternativamente sulla base del prezzo o del costo del ciclo di vita, e dall'altro gli aspetti qualitativi, da intendere come miglior rapporto qualità-prezzo, in cui poter includere criteri qualitativi, ambientali o sociali connessi all'oggetto dell'appalto²⁰⁶. Sempre al secondo paragrafo viene fornito alle amministrazioni aggiudicatrici un elenco esemplificativo dei criteri da utilizzare per valutare il miglior rapporto qualità prezzo, tra cui: "la qualità, che comprende il pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, caratteristiche sociali, ambientali e innovative...". Al terzo paragrafo viene specificato che tali criteri qualitativi non debbano riferirsi unicamente al prodotto, servizio o lavoro finale, bensì "a qualsiasi fase del ciclo di vita...sia quella precedente della produzione (ad es. imballaggio con materiali ecologici o utilizzo di macchinari a risparmio energetico) sia quella successiva dello smaltimento dei rifiuti"²⁰⁷. Il rinvio al concetto di ciclo di vita di un prodotto, servizio o lavoro permette alle amministrazioni di introdurre considerazioni qualitative delle

²⁰⁵ Cfr. l'articolo 67, paragrafo 1 della Direttiva 2014/24/UE, che dispone: "Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di taluni servizi, le amministrazioni aggiudicatrici procedono all'aggiudicazione degli appalti sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa".

²⁰⁶ Cfr. L. Carbonara, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e la tutela dell'ambiente. I criteri di aggiudicazione*, in www.giustamm.it, 2016, fasc.2, pp. 9 totali, qui paragrafo 4.

²⁰⁷ *Ibid.*

prestazioni lungo un arco temporale ben più esteso che in precedenza. Per quanto concerne gli aspetti economici dell'offerta, assume particolare rilievo l'introduzione del concetto di "costo del ciclo di vita" di un prodotto, servizio o lavoro. Viene così limitata la centralità del prezzo quale unico elemento valutativo degli aspetti economici dell'offerta e di conseguenza "la valutazione dell'amministrazione è chiamata ad estendersi in una dimensione temporale: dal processo di produzione del prodotto/servizio/lavoro agli oneri successivi all'acquisizione, fino allo smaltimento"²⁰⁸. La valutazione rimessa alle amministrazioni in relazione ai costi sostenuti lungo tutto il ciclo di vita dei prodotti, come ad esempio quelli legati al consumo di energia e di risorse o ad externalità ambientali, fa emergere "la portata innovativa della disposizione, che offre un nuovo ruolo alla valutazione delle istanze ambientali, non più unicamente tra gli specifici criteri di valutazione diversi dal prezzo, bensì anche all'interno del nuovo concetto di costo"²⁰⁹.

Un'ultima peculiarità delle Direttive del 2014, in rapporto alla fase di aggiudicazione, si rinviene al penultimo periodo, paragrafo 2 dell'articolo 67, che dispone testualmente: "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". Ai sensi di tale disposizione i concorrenti andranno a competere solo in relazione agli aspetti qualitativi dell'offerta, senza poter

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ O. H. Kassim, *I criteri di sostenibilità energetica e ambientale negli appalti pubblici. L'emersione dell'istituto degli "appalti verdi" nel panorama europeo e nazionale*, in www.Italappalti.it, febbraio 2017, cit. p.11.

incidere sul prezzo, per l'appunto fisso, stabilito in via preventiva dall'amministrazione. Di conseguenza le amministrazioni potranno, mediante la definizione di specifiche tecniche, richiedere adeguati requisiti in ordine alle qualità richieste dalla prestazione oggetto del contratto, evitando il rischio di offerte anormalmente basse, che potrebbero incidere su aspetti ambientali o sociali, quali ad esempio le retribuzioni minime dei lavoratori impiegati²¹⁰. Un ultimo cenno è da fare all'istituto degli "appalti riservati", vista la sua importanza innovativa. Tale istituto è disciplinato all'articolo 20, nel capo contenente le disposizioni generali. Proprio in vista di favorire "l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate", come espressamente disposto nel primo paragrafo, questo istituto permette agli stati membri di riservare a determinati gruppi di lavoratori ed operatori la partecipazione ad alcune gare. Questa disposizione opera un contemperamento di interessi in contrapposizione, facendo prevalere esigenze di inclusione sociale sul principio di apertura degli appalti alla più ampia competizione²¹¹. In particolare gli Stati avranno la facoltà di limitare la possibilità di concorrere all'aggiudicazione di un appalto, in favore di operatori economici impegnati nell'inclusione professionale dei c.d. lavoratori protetti, ossia dei lavoratori disabili e svantaggiati; in alternativa, gli Stati potranno prevedere che l'esecuzione dell'appalto avvenga all'interno di un programma di lavoro protetto,

²¹⁰ Cfr. L. Carbonara, *Le nuove direttive sui contratti pubblici e la tutela dell'ambiente. I criteri di aggiudicazione*, in www.giustamm.it, 2016, fasc.2, pp. 9 totali, qui paragrafo 4.

²¹¹ Cfr. L. Arecchi, *La tutela delle esigenze ambientali, sociali ed occupazionali nelle nuove Direttive in materia di contratti pubblici*, 2014, cit. p. 5 e seguenti.

ossia impiegando lavoratori protetti in misura non inferiore al 30% del totale dei lavoratori²¹².

Volendo riprendere il filo del discorso, dopo aver analizzato i principali interventi riformatori del legislatore comunitario, si può notare come non tutte le proposte emerse in sede di dibattito preparatorio siano state prese in considerazione nella nuova disciplina. In particolare, nel più volte citato *Libro verde per la modernizzazione degli appalti*²¹³, era stata auspicata la possibilità di generalizzare in relazione a tutti gli appalti l'obbligatorietà di requisiti a tutela dell'ambiente, di esigenze sociali e innovative. Invece, l'obbligo in questione continua ad essere applicato, come precedentemente illustrato, solamente negli appalti relativi ad alcuni prodotti c.d. settoriali, in cui è presente una specifica regolamentazione a riguardo²¹⁴. Sotto questo aspetto dunque nulla è cambiato: le amministrazioni possono sicuramente orientarsi verso scelte rispettose di tali requisiti, avendone la facoltà e gli strumenti a disposizione, però non sono vincolate a farlo (nel prossimo paragrafo vedremo come il legislatore Italiano vada in controtendenza, avendo sancito l'obbligatorietà dei criteri ambientali minimi). Inoltre, come già anticipato, non è stata accolta neppure la proposta volta a sganciare la possibilità di introdurre considerazioni sociali o ambientali dalla necessaria connessione con l'oggetto dell'appalto. La giustificazione si rinviene nell'ultimo periodo del *considerando 97*, in cui è disposto che il collegamento con l'oggetto dell'appalto costituisce un freno

²¹² Cfr. *Ibid.*

²¹³ Comunicazione della Commissione del 27 gennaio 2011, n.15, *Il Libro verde per la modernizzazione della politica dell'Unione Europea in materia di appalti pubblici, per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti pubblici*, cit.

²¹⁴ Rinvio a pagina 91 del presente lavoro in cui il tema è approfondito più nel dettaglio.

all'introduzione di criteri che riguardino la "politica aziendale generale", che non può costituire parametro di valutazione del processo produttivo o di fornitura²¹⁵. Infatti, prosegue il *considerando*: "le amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero pertanto avere la facoltà di imporre agli offerenti di attuare una determinata politica aziendale di responsabilità sociale o ambientale". Quindi, in conclusione, benché non tutte le aspettative emerse nel dibattito istituzionale siano state tradotte in diritto positivo, possiamo evidenziare come da un lato il settore degli appalti abbia giocato un ruolo centrale nelle politiche volte al superamento della crisi, dall'altro come all'interno della materia degli appalti pubblici abbiano avuto sempre più spazio politiche dirette alla tutela dell'ambiente, dell'inclusione sociale e più in generale di una crescita sostenibile. Alla luce di tale evoluzione normativa, la disciplina degli appalti non può più essere analizzata avendo come riferimento esclusivo parametri di natura economica, ma anche e soprattutto tenendo presente il necessario contemperamento con esigenze ambientali, sociali e occupazionali. Di conseguenza gli Stati membri, nel recepire la normativa in questione, e le amministrazioni nell'applicarla, saranno tenuti senza dubbio ad operare tale contemperamento. Nel prossimo paragrafo andremo ad esaminare come si è orientato il legislatore Italiano nella trasposizione delle Direttive, avvenuta con l'approvazione del nuovo Codice degli appalti pubblici, il d.lgs. 50 del 2016²¹⁶ e successivi interventi.

²¹⁵Cfr. G. Fidone - F. Mataluni, *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti Pubblici*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, Giappichelli, 2016, n.3, cit. p. 33.

²¹⁶ D.lgs. n. 50 del 2016, pubblicato in G.U. il 19 aprile 2016, disponibile al: http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2016-04-19&atto.codiceRedazionale=16G00062 (consultato il 5 gennaio 2019)

2.3.4. Le peculiarità ambientali e sociali del nuovo Codice degli appalti del 2016.

Il recepimento delle Direttive del 2014 in materia di contratti pubblici è avvenuto con il citato d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016, il nuovo Codice degli appalti, che raggruppa in un unico corpo normativo tutte le novità introdotte dalle Direttive in questione e procede al riordino generale della disciplina. Tra i principi generali che si occupano delle tematiche oggetto del presente lavoro, propedeutici alle disposizioni puntuali che analizzeremo in seguito, si rinvia all'articolo 30, nel titolo relativo ai principi comuni per l'aggiudicazione, una disposizione simile a quella contenuta nel vecchio articolo 2, secondo comma, del Codice abrogato. Il legislatore ribadisce infatti che il principio di economicità possa essere subordinato, nei limiti delle norme vigenti e dello stesso Codice, a criteri ispirati a esigenze sociali, di salvaguardia della salute e dell'ambiente, del patrimonio culturale e dello sviluppo sostenibile, anche energetico²¹⁷.

Appare senza dubbio conveniente ribadire la centralità della tutela di tali interessi, nell'ottica di un sempre più auspicato temperamento con le esigenze legate all'economicità di cui abbiamo parlato nel precedente paragrafo²¹⁸. Inoltre il legislatore, al terzo comma dello stesso articolo recepisce fedelmente i contenuti dell'articolo 18, secondo paragrafo della Direttiva 24. Si tratta in questo caso di una

²¹⁷ Cfr. Ultimo periodo del primo comma, articolo 30 del Codice degli appalti del 2016, d.lgs. 50 del 2016.

²¹⁸ Cfr. O. H. Kassim, *I criteri di sostenibilità energetica e ambientale negli appalti pubblici. L'emersione dell'istituto degli "appalti verdi" nel panorama europeo e nazionale*, in www.Italappalti.it, febbraio 2017, cit. p. 16.

disposizione innovativa a livello nazionale. Come già illustrato, l'articolo 18, secondo paragrafo della Direttiva appalti, prescrive che gli aggiudicatari debbano rispettare, nella fase di esecuzione del contratto, gli obblighi ambientali, sociali e del lavoro derivanti dalla normativa internazionale²¹⁹, europea e nazionale, in particolare dall'applicazione dei contratti collettivi. La portata innovativa di questa disposizione consiste nell'aver introdotto, in particolare all'interno dei principi generali, una tutela delle esigenze ambientali e socio-occupazionali destinata a valere lungo tutto l'arco di vita dell'affidamento pubblico²²⁰. Inoltre, in continuità con quanto disposto dal legislatore europeo, all'interno della procedura di gara vi sono vari richiami al rispetto degli obblighi della normativa ambientale, sociale e del lavoro. Infatti, tra le cause di esclusione obbligatorie, l'articolo 80, quinto comma, dispone l'esclusione dalla procedura dell'operatore che abbia commesso "gravi infrazioni debitamente accertate...agli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3 del presente codice".

Il cambiamento rispetto alla vecchia disciplina è notevole; non solo verrà escluso dalla gara l'operatore che abbia commesso un reato, ad esempio in materia ambientale, ma anche l'operatore che abbia violato la normativa a tutela ambientale, sociale o del lavoro "a prescindere dalla circostanza se tale violazione abbia o meno

²¹⁹ In particolare sia il legislatore europeo che quello Italiano rinviano ad un allegato, l'allegato X, in cui sono elencate le principali convenzioni che vincolano tutti gli stati membri, ad esempio: la Convenzione OIL (29) sul lavoro forzato, la Convenzione OIL (111) sulla discriminazione nell'ambito del lavoro e dell'occupazione, la Convenzione OIL (100) sulla parità di retribuzione, la Convenzione di Vienna per la protezione dello strato di ozono, la Convenzione di Basilea sul controllo dei movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi e del loro smaltimento.

²²⁰ Cfr. G. Fidone, F. Mataluni, *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti Pubblici*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, Giappichelli, 2016 n.3, pp. 4-66, cit. p.25

rilevanza penale”²²¹. In stretta connessione con la disciplina delle cause di esclusione, altro rinvio agli obblighi sanciti dall’articolo 30 è effettuato in relazione alla valutazione delle offerte anormalmente basse, di cui si occupa l’articolo 97. Il quinto comma, lettera a), dispone che l’amministrazione aggiudicatrice sia tenuta ad escludere l’offerta nel caso in cui verifichi che l’anomalia derivi dal mancato rispetto degli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro di cui all’articolo 30, terzo comma. Quindi da un lato il mancato rispetto degli obblighi in questione non può valere come giustificazione dell’anomalia dell’offerta, dall’altro l’amministrazione è tenuta ad agire di conseguenza, escludendo l’offerta²²².

Prima di passare ad analizzare altre disposizioni puntuali del Codice, relative alle varie fasi della procedura di gara, è utile fare un ulteriore riferimento a disposizioni più generali. In particolare l’articolo 3, lettera qqq), contiene per la prima volta una definizione di “clausola sociale”. Il vecchio Codice non forniva alcuna indicazione a riguardo e la giurisprudenza aveva ricondotto la previsione di tali clausole alla formulazione del vecchio articolo 69, il quale permetteva l’apposizione di particolari condizioni di esecuzione del contratto che riguardassero “esigenze sociali o ambientali”²²³. Nella nuova definizione del Codice, le clausole sociali sono delineate come: “Disposizioni che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro, come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione o per accedere a benefici

²²¹ Ivi, cit. p. 48.

²²² Cfr. *Ibid.*

²²³ Cfr. O. Russo, *Le clausole sociali: equilibrio competitivo tra tutela sociale ed economica*, in www.amministrativamente.it, Fasc. n. 5-6/2017, pp.1-19, qui p. 9.

di legge e agevolazioni finanziarie”. A breve, sarà analizzato come il legislatore abbia inteso regolare la possibilità di inserire clausole sociali all’interno dei documenti di gara. Altra disposizione di principio, che si discosta dalle previsioni del precedente Codice, è contenuta all’articolo 4 e riguarda i principi che devono presiedere all’affidamento dei contratti esclusi dall’applicazione del Codice. L’affidamento di tali contratti deve avvenire, oltre che nel rispetto dei principi di portata generale che ricadono nella nozione di buon andamento²²⁴, già presenti nella vecchia formulazione, anche nel rispetto dei principi di tutela ambientale e di efficienza energetica²²⁵. Si può rilevare da questa disposizione come, anche al di fuori delle ipotesi di applicazione del Codice e – di conseguenza – a maggior ragione negli affidamenti che vi rientrano, le amministrazioni siano tenute ad effettuare un costante contemperamento tra interessi confliggenti tra loro, posti definitivamente su di un piano di parità²²⁶.

Conclusa l’analisi delle disposizioni di principio del Codice che contengono considerazioni di carattere sociale e di tutela ambientale, possiamo ad esaminare le disposizioni puntuali più innovative. Ritornando alla possibilità di inserimento di clausole sociali nei documenti di gara, qualificate come condizioni di esecuzione dell’appalto, il legislatore se ne occupa specificamente all’articolo 50 del Codice. Nella prima versione dell’articolo, la possibilità di introdurre clausole sociali veniva delineata come una “facoltà” in capo alle stazioni appaltanti. L’intervento correttivo

²²⁴ Si tratta dei principi espressamente elencati all’articolo 4 del Codice: “...economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e pubblicità...”.

²²⁵ Cfr. G. Fidone, F. Mataluni, *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti Pubblici*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell’ambiente*, Giappichelli, 2016 n. 3, cit. qui p. 41.

²²⁶ Cfr. *Ibid.*

dell'anno successivo, attuato con il d.lgs. 56 del 2017, ha comportato una modifica in termini obbligatori²²⁷, unicamente però in relazione alle fattispecie di appalti che rientrano nella nozione di “alta intensità di manodopera”²²⁸. In via generale la disposizione, come da ultimo interpretata dall'ANAC nelle recenti proposte di linee guida del 2018²²⁹, continua ad essere di applicazione facoltativa in relazione agli appalti che non rientrano in tale nozione. L'ANAC precisa che l'introduzione volontaria della clausola sociale da parte della stazione appaltante debba comunque riferirsi ad un appalto in cui sia presente una componente lavorativa rilevante²³⁰. Specularmente individua i casi in cui, data la mancanza di una prestazione di lavoro di qualche rilievo, la disposizione non può trovare applicazione²³¹. Continuando l'analisi dell'articolo 50, si nota come il legislatore, per sostenere la “stabilità occupazionale del personale impiegato”, disponga che debba essere garantita

²²⁷ Il nuovo articolo 50, all'esito dell'intervento correttivo avvenuto con il d.lgs. 56 del 2017, dispone: “Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato...”.

²²⁸ Si tratta, come espressamente indicato nell'ultimo periodo dell'articolo 50, di quegli appalti in cui il costo per la manodopera è pari per lo meno alla metà del costo complessivo dell'appalto.

²²⁹ Mi riferisco alla proposta di linee guida relative alla “*Disciplina delle clausole sociali*”, pubblicate dall'Autorità nazionale anti corruzione (ANAC) il 14 maggio 2018 e disponibili al: [https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/RegolazioneContratti/ProposteDiLineeGuida/Relazione%20illustrativa%20\(2\).pdf](https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/RegolazioneContratti/ProposteDiLineeGuida/Relazione%20illustrativa%20(2).pdf)

(consultato l'8 gennaio 2019)

²³⁰ Cfr. Ivi. p. 5

²³¹ L'ANAC si riferisce agli appalti: di fornitura, agli appalti in cui la prestazione di lavoro ha scarsa rilevanza o è addirittura senza alcuna rilevanza (fornendo l'esempio degli appalti di carattere finanziario), negli appalti in cui ha rilevanza *l'intuitus personae*.

l'applicazione dei contratti collettivi così come indicati nell'articolo 51 del d.lgs. 81 del 2015²³². Si tratta dell'applicazione di contratti collettivi di vario livello, collegati con l'attività principale oggetto dell'appalto, che garantiscano le condizioni più favorevoli ai lavoratori²³³. L'ipotesi principale di clausola sociale a cui fa riferimento il legislatore, specificamente a sostegno della stabilità occupazionale, è quella di "riassorbimento del personale". Tale clausola assume rilevanza nelle ipotesi in cui l'appalto, a seguito di risoluzione o altro evento sopravvenuto, debba essere nuovamente aggiudicato in favore di altro operatore economico²³⁴. In tali ipotesi la clausola di riassorbimento del personale impiegato precedentemente è considerata legittima se va ad operare un adeguato bilanciamento con l'organizzazione interna del nuovo aggiudicatario.²³⁵ In particolare, la legittimità dell'introduzione della clausola di riassorbimento nei documenti di gara è da valutare "nel senso che l'appaltatore subentrante deve prioritariamente assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, ma a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore

²³² Così è disposto espressamente nell'ultimo periodo dell'articolo 50: "...prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81..."

²³³ Cfr. L. Ferrara, *Clausole sociali e responsabilità sociale dell'impresa nei contratti pubblici tra diritto interno, europeo e globale*, in www.amministrativamente.it, Fasc. n. 3-4 del 2018, pp.1-18, qui p. 5 e seguenti.

²³⁴ Cfr. Ivi p. 10.

²³⁵ Cfr. *Ibid.*

subentrante”²³⁶. Ciò che dunque rende illegittima la clausola in questione è una sua formulazione in termini di automatico assorbimento dei lavoratori precedentemente impiegati, andando in tal caso a ledere la concorrenza tra gli operatori stessi e limitando la loro libertà di iniziativa economica²³⁷. Inoltre, l’ANAC, nelle citate proposte di linee guida interpretative, ritiene ammissibili ulteriori clausole sociali, oltre quelle di riassorbimento, e ne fornisce alcuni esempi: clausole volte ad incrementare le misure di sicurezza previste per i lavoratori, clausole di inclusione sociale, come quelle dirette a inserire lavoratori svantaggiati in misura superiore ai parametri stabiliti dalla normativa sociale²³⁸. Tuttavia viene precisato che l’introduzione di tali ulteriori clausole sociali nei documenti di gara, debba avvenire in modo tale da rispettare i principi comuni all’aggiudicazione degli appalti, così come delineati all’articolo 30, in particolare quelli “di economicità, proporzionalità e non discriminazione”²³⁹. Pertanto anche le recenti proposte di linee guida dell’ANAC, dopo aver ampliato le possibilità di ricorso alle clausole sociali, rimarcano l’importanza di un costante bilanciamento con esigenze contrapposte, da effettuare alla luce delle situazioni concrete, per giungere ad una soluzione di sintesi equilibrata.

²³⁶ O. Russo, *Le clausole sociali: equilibrio competitivo tra tutela sociale ed economica*, in www.amministrativamente.it, Fasc. n. 5-6/2017, cit. p. 14.

²³⁷ Cfr. L. Ferrara, *Clausole sociali e responsabilità sociale dell’impresa nei contratti pubblici tra diritto interno, europeo e globale*, in www.amministrativamente.it, Fasc. n. 3-4 del 2018, cit. p. 9. Nello stesso senso: cfr., O. Russo, *Le clausole sociali: equilibrio competitivo tra tutela sociale ed economica*, cit. p. 15.

²³⁸ Cfr. Proposte di linee guida relative alla “*Disciplina delle clausole sociali*”, pubblicate dall’Autorità nazionale anti corruzione (ANAC) il 14 maggio 2018, cit. p. 22.

²³⁹ Cfr. *Ibid.*

Passando all'analisi di un'ulteriore peculiarità nel recepimento delle Direttive del 2014, in questo caso nell'ottica di favorire il ricorso agli appalti verdi, è da segnalare il nuovo articolo 34 del Codice che disciplina i c.d. CAM, ossia i criteri ambientali minimi. Si tratta di una disposizione innovativa rispetto alle Direttive del 2014 che continuano a disciplinare l'introduzione di criteri verdi in termini di facoltà, senza prescriverne a livello generale una loro obbligatorietà. Il legislatore Italiano si era già orientato, ancor prima ancora di emanare il nuovo Codice, verso un incremento dell'utilizzo di criteri verdi all'interno delle varie fasi della procedura di gara²⁴⁰. Ciò era avvenuto con l'approvazione del Piano d'azione per il *Green public procurement* nel 2013 e con la legge 222 del 2015, che si proponeva di sostenere misure legate ad un'economia sempre più verde ed efficiente dal punto di vista energetico²⁴¹. Si pone senza dubbio in quest'ottica il nuovo articolo 34 del Codice. È prescritto, infatti, l'obbligo di introdurre criteri ambientali minimi nella *lex specialis*, proprio allo scopo di raggiungere gli obiettivi ambientali elencati nel piano d'azione, per lo meno in relazione alle specifiche tecniche e alle clausole di

²⁴⁰ Mi riferisco al contenuto del: Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione o anche Piano d'azione per il *Green public procurement*, adottato dal Ministero dell'ambiente, nella nuova formulazione del 2013, in cui vengono delineati i criteri ambientali da introdurre all'interno della documentazione di gara, in relazione alle varie fasi della procedura. Disponibile al: http://www.minambiente.it/sites/default/files/archivio/allegati/GPP/GU_102_2013_PAN_GPP_revisione.pdf (consultato il 9 gennaio 2019).

²⁴¹ Mi riferisco al Piano d'azione, di cui ho parlato nella precedente nota e alla legge 28-12-2015 n. 222, denominata anche collegato ambientale, abrogata con l'entrata in vigore del nuovo Codice degli appalti.

esecuzione dell'appalto²⁴². In particolare i CAM sono delineati dal Ministero dell'ambiente, in apposito decreto, “per specifica categoria merceologica di spesa”²⁴³. Il relativo ambito di applicazione è disciplinato al secondo e terzo comma, facendo riferimento espresso agli “interventi di ristrutturazione” ed in via generale agli “affidamenti di lavori, servizi e forniture a prescindere dal loro importo purché rientrino nelle categorie indicate dal piano d'azione (...)”²⁴⁴. Oltre che nella redazione delle specifiche tecniche e delle clausole di esecuzione dell'appalto, i CAM rilevano anche per quanto riguarda la redazione dei documenti di gara quando si applica il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Infatti, il rispetto degli stessi rileva nella valutazione degli aspetti qualitativi dell'offerta effettuata sulla base del miglior rapporto qualità-prezzo²⁴⁵. La scelta di rendere vincolante l'inserimento di criteri verdi operata nel Codice, è rappresentativa della volontà di far convergere le esigenze economiche degli operatori con quelle legate alla tutela ambientale, in vista di un mercato degli appalti sempre più orientato verso scelte eco-compatibili²⁴⁶. Sotto questo aspetto, come accennato, il legislatore Italiano si colloca all'avanguardia nel panorama europeo,

²⁴² Cfr. G. Fidone, F. Mataluni, *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti Pubblici*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, Giappichelli, 2016 n.3, pp. 42 e seguenti.

²⁴³ Cfr. *Ibid.*

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ Cfr. O.H. Kassim, *I criteri di sostenibilità energetica e ambientale negli appalti pubblici. L'emersione dell'istituto degli “appalti verdi” nel panorama europeo e nazionale*, www.Italappalti.it, febbraio 2017, pp.1-37, qui p. 21 e seguenti.

²⁴⁶ Cfr. A. Di Giovanni, *L'ambiente sostenibile nel nuovo codice degli appalti: Green public procurement e certificazioni ambientali*. In *Il diritto dell'economia*, vol. 31, n. 95 (1 2018), pp. 157-180. Qui p. 172.

tuttavia il passo successivo è quello di incrementare l'utilizzo degli strumenti a disposizione. Una recente comunicazione della Commissione esamina proprio il tema dello scarso utilizzo degli "appalti strategici" e delle potenzialità che di conseguenza non vengono espresse. Mi riferisco alla comunicazione numero 572 del 2017²⁴⁷, in cui la Commissione sottolinea come più della metà degli appalti banditi in Europa venga ancora aggiudicata facendo ricorso al criterio del prezzo più basso, nonostante sia stato declassato a criterio residuale²⁴⁸. Viene dunque incentivato l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in modo da permettere alle amministrazioni l'introduzione di criteri di carattere qualitativo, come quelli ecologici, di tutela sociale, dell'occupazione e dell'innovazione²⁴⁹.

É opportuno, a questo punto, fare soltanto un cenno alle disposizioni del Codice che non apportano novità di rilievo rispetto a quanto disciplinato dal legislatore europeo con le Direttive del 2014. Per quanto riguarda le specifiche tecniche, disciplinate all'articolo 68, viene riprodotta sostanzialmente la formulazione del vecchio Codice; l'unica novità di rilievo è la possibilità di considerare, nella loro definizione, l'intero ciclo di vita del prodotto, servizio o lavoro cui si riferiscono²⁵⁰ e non solamente "lo specifico processo o metodo di produzione"²⁵¹. Ciò comporta

²⁴⁷ Comunicazione della Commissione n.572 del 3 ottobre 2017, disponibile al: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/IT/COM-2017-572-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF> (consultato il 10 gennaio 2019).

²⁴⁸ Cfr. Ivi, p. 5.

²⁴⁹ Cfr. *Ibid.*

²⁵⁰ Cfr. G. Fidone, F. Mataluni, *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti Pubblici*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, Giappichelli, 2016 n.3, pp. 4-66, qui p. 44.

²⁵¹ *Ibid.*

la possibilità di definire caratteristiche tecniche collegate ad aspetti ambientali e di tutela dell'accessibilità per tutti gli utenti, lungo un periodo temporale più esteso. Viene confermato inoltre il principio di equivalenza, in forza del quale le amministrazioni sono tenute ad accettare qualsiasi mezzo che comprovi la parità della soluzione offerta²⁵². Per quanto riguarda le cause di esclusione dalla procedura di gara e le ipotesi di valutazione di offerte anormalmente basse, abbiamo già anticipato come vi sia un rinvio al rispetto degli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro, di cui all'articolo 30, terzo comma, la cui violazione comporta la necessaria esclusione dalla procedura di gara²⁵³. Per quanto riguarda il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, divenuto ormai il criterio generale rispetto al prezzo più basso, il legislatore Italiano ha recepito all'articolo 95 il nuovo concetto di offerta economicamente più vantaggiosa delineato nelle Direttive, da intendersi alternativamente sulla base del "miglior rapporto qualità-prezzo" o "sulla base di un criterio costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita"²⁵⁴. Viene dunque recepita la nozione di "costo del ciclo di vita" di un prodotto, lavoro o servizio, maggiormente esplicitata all'articolo 96. In entrambi i casi possono rientrarvi, come espressamente stabilito al comma sesto, considerazioni di carattere ambientale o sociale, legate all'accessibilità per tutti gli utenti, alla sicurezza e alla salute dei lavoratori²⁵⁵. Inoltre, per quanto riguarda le condizioni di esecuzione dell'appalto, viene confermata all'articolo 100 la possibilità di apporre condizioni che riguardino

²⁵² Cfr. Ivi p. 45.

²⁵³ Rinvio a p. 110 del presente lavoro in cui il tema è trattato in maniera più approfondita.

²⁵⁴ G. Fidone, F. Mataluni, *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti Pubblici*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, Giappichelli, 2016 n.3, pp. 4-66, qui p. 54.

²⁵⁵ Cfr. sesto comma articolo 95 del Codice degli appalti del 2016.

“esigenze sociali e ambientali”. Infine non è più richiesta una verifica della compatibilità di tali condizioni con i principi del diritto europeo, demandata all'autorità di Vigilanza, come prescriveva il vecchio Codice degli appalti.

Capitolo 3

ANALISI DEL QUADRO NORMATIVO IN MATERIA DI ENERGIE RINNOVABILI E NUOVE ASTE COMPETITIVE IN ITALIA

Sommario: Premessa 3.1. Evoluzione della disciplina in materia di energie rinnovabili in Europa 3.1.2. Sviluppo normativo delle energie rinnovabili in Italia 3.1.3. Cenni al nuovo pacchetto di direttive europee: il “Clean energy package” 3.2. Lo schema di decreto FER 1 del 2018 e le nuove aste competitive 3.2.1. Analisi del parere di ARERA sullo schema di decreto FER 1 del 2018.

Premessa

In questo capitolo intendo concentrare l’attenzione sullo sviluppo normativo in materia di energie rinnovabili avvenuto tanto nel contesto europeo che in quello italiano. Questo tipo di analisi si pone in ottica consequenziale rispetto al lavoro svolto nel primo capitolo, in cui, partendo dall’appalto vinto da Enel Green Power, ho esaminato la regolamentazione delle energie rinnovabili in Australia ed in particolare nello Stato di Victoria. In realtà, proprio la politica energetica patrocinata dal governo dello Stato di Victoria, in continuità con gli orientamenti federali, aveva portato all’indizione dell’asta in materia di rinnovabili di cui mi sono occupato. Mi è sembrato dunque opportuno dedicare il capitolo conclusivo di questo lavoro all’analisi della disciplina europea ed italiana, a maggior ragione tenendo presente che il nuovo schema di decreto di incentivazione della fonti

energetiche rinnovabili “elettriche”,²⁵⁶ il c.d. schema di decreto FER 1 del 2018, prevede l’indizione 8 aste competitive a partire dai primi mesi del 2019. Seguendo questo filo conduttore, sarà analizzata l’evoluzione della disciplina Europea ed Italiana, dove, a seguito della riforma del titolo V della Costituzione, è sorto un contrasto di competenza in materia energetica tra Stato e regioni. La riforma infatti ha modificato l’allocazione delle competenze legislative attribuendo a quella concorrente Stato-regioni le materie legate alla “produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia”, lasciando però alla competenza esclusiva statale la tutela dell’ambiente e del paesaggio nonché quella legata ai livelli minimi delle prestazioni e alla tutela della concorrenza. Al riguardo, sarà analizzato l’orientamento della Corte Costituzionale nel tentativo di dirimere tale contrasto e raggiungere una soluzione interpretativa. Subito dopo sarà esaminato lo “stato dell’arte” delle energie rinnovabili in Italia negli ultimi anni, avendo come punti di riferimento la memoria alla Strategia energetica nazionale (SEN) del 2017²⁵⁷ e la relazione annuale di ARERA²⁵⁸. Tali documenti, oltre a proporre una sintesi della

²⁵⁶ Schema del Decreto interministeriale sull’incentivazione della produzione di energia da fonti energetiche rinnovabili, per il biennio 2018-2020, il c.d. decreto FER 1 del 2018, nell’ ultima versione dell’ 8 novembre 2018, disponibile al <http://anierinnovabili.anie.it/bozza-decreto-fer-2018-2020/#.XEL4DlxKjiU> (consultato il 15 gennaio 2019).

²⁵⁷ Memoria della (vecchia) Autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico (AEEGSI), che da gennaio 2018 ha cambiato denominazione in ARERA. Mi riferisco alla memoria n. 664/2017/I/COM, intitolata: *Memoria dell’autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico sulla strategia energetica nazionale 2017*. Disponibile al: <https://www.arera.it/allegati/docs/17/664-17.pdf> (consultato il 15 gennaio 2019).

²⁵⁸ Relazione annuale di ARERA, l’autorità amministrativa indipendente per la regolazione di energia, reti e ambiente. Relazione n. 428/2018/I/EFR sullo: *Stato di utilizzo e di integrazione degli impianti di produzione alimentati da fonti rinnovabili*. Disponibile al <https://arera.it/it/docs/rapporti.htm> (consultato il 15 gennaio 2019).

situazione italiana, analizzano e commentano il nuovo pacchetto di direttive europee sull'energia, il c.d. “*Clean energy package*”²⁵⁹ che, dopo la sua formale adozione da parte delle Istituzioni Europee (nei primi mesi del 2019), abrogherà le Direttive del 2009. In conclusione sarà analizzata la bozza di decreto di incentivazione alle fonti energetiche rinnovabili, il citato schema di decreto FER 1 del 2018, con attenzione particolare alle nuove aste competitive in esso previste, avendo come parametro di valutazione le osservazioni contenute nel recente parere di ARERA a riguardo²⁶⁰.

3.1. Evoluzione della disciplina in materia di energie rinnovabili in Europa

Partendo dall'evoluzione della disciplina in materia di energie rinnovabili nel panorama europeo, occorre fare un primo cenno ai Trattati istitutivi delle Comunità europee e all'influenza che hanno avuto, nel campo energetico, gli impegni di carattere internazionale. I trattati istitutivi, oltre a regolare specifici settori del comparto energetico come quello atomico e carbo-siderurgico (rispettivamente con i trattati EURATOM e CECA), non contenevano una base normativa per un

²⁵⁹ Il nuovo pacchetto di direttive sull'energia che stanno per essere approvate, è disponibile al: <https://ec.europa.eu/energy/en/topics/energy-strategy-and-energy-union/clean-energy-all-europeans> (consultato il 15 gennaio 2019).

²⁶⁰ Si tratta del Parere di ARERA n. 591/2018/I/EFR, 20 novembre 2018, intitolato: *Parere in merito allo schema di decreto interministeriale per l'incentivazione della produzione di energia elettrica da fonti energetiche rinnovabili*, disponibile al: <https://www.arera.it/it/docs/18/591-18.htm> (consultato il 15 gennaio 2019).

intervento comunitario in materia energetica²⁶¹. Nonostante il diritto dei Trattati relegasse alla competenza statale la regolamentazione in campo energetico, le istituzioni comunitarie hanno intrapreso varie strade per attrarre la materia all'interno delle proprie competenze. Da un lato si sono susseguite, dagli anni '80 in poi, varie risoluzioni e comunicazioni del Consiglio e della Commissione volte a definire obiettivi e strategie comuni in ambito energetico, scontando però il carattere non vincolante di tali strumenti di *soft law*²⁶². Dall'altro, nello stesso periodo, venne tentata anche la strada dei "poteri impliciti", ossia la teoria che sostiene la possibilità di un intervento comunitario, a prescindere da poteri d'azione espressamente attribuiti, per conseguire gli obiettivi della Comunità, tra cui il funzionamento del mercato interno²⁶³. Tuttavia entrambi i tentativi non portarono risultati concreti nell'ottica di intraprendere vere e proprie politiche e azioni comunitarie in campo energetico. Ciò viene confermato anche dalla riforma avvenuta con il Trattato di Maastricht nel 1993 che, sulla scia degli impegni emersi alla luce del protocollo di Kyoto²⁶⁴, adottato come protocollo aggiuntivo alla già

²⁶¹ Cfr. E.A. Carnevale, P. Carrozza, G. Cerrina Feroni, G.F. Ferrari, G. Morbidelli, R. Orrù: *Verso una politica energetica integrata. Le energie rinnovabili nel prisma della comparazione*, in Editoriale scientifica, Napoli, 2015, pp. 610 e seguenti.

²⁶² Cfr. *Ibid.*

²⁶³ Cfr. S. Quadri, *L'evoluzione della politica energetica comunitaria*, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, fasc. n. 3, 2011, pp. 839-855, qui 840.

²⁶⁴ Protocollo di Kyoto, adottato nel maggio del 1992 nell'ambito della conferenza di Rio di Janeiro sull'ambiente e lo sviluppo, come protocollo aggiuntivo alla Convenzione dell'Onu sui cambiamenti climatici. La Comunità europea ha firmato il protocollo il 29 aprile del 1998. Disponibile al: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?ti_delluri=LEGISSUM%3A128060 (consultato il 16 gennaio 2019).

citata conferenza di Rio de Janeiro su ambiente e sviluppo del 1992²⁶⁵, portò all'introduzione dell'articolo 3 del nuovo trattato CE. L'articolo in questione, nonostante disponga alla lettera t) la facoltà per le istituzioni comunitarie di introdurre "misure in materia di energia", non disciplina alcuna modalità specifica di intervento da parte delle istituzioni²⁶⁶. Questo generico riferimento a misure in materia energetica, senza una puntuale specificazione, ha circoscritto le possibilità di intervento comunitario entro limiti incerti, confermando sostanzialmente le prerogative in materia energetica dei singoli stati membri. Sul versante che più ci interessa, ossia quello della politica energetica in materia di rinnovabili, il fondamento normativo per regolare la materia è stato rinvenuto, più che nel citato articolo 3, nella competenza comunitaria in ambito ambientale disciplinata dall'articolo 174 del trattato CE²⁶⁷. La possibilità di intervento comunitario nel campo delle rinnovabili veniva delineata sul presupposto dell'intenso legame esistente tra la tutela ambientale e la materia energetica²⁶⁸.

²⁶⁵ Conferenza di Rio de Janeiro. *Earth Summit, UN Conference on Environment and Development* (1992), disponibile al: <http://www.un.org/geninfo/bp/enviro.html> (consultato il 16 gennaio).

²⁶⁶ Cfr. E.A. Carnevale, P. Carrozza, G. Cerrina Feroni, G.F. Ferrari, G. Morbidelli, R. Orrù: *Verso una politica energetica integrata. Le energie rinnovabili nel prisma della comparazione*, in Editoriale scientifica, Napoli, 2015, pp. 611 e seguenti.

²⁶⁷ Cfr. *Ibid.* Riporto inoltre il primo paragrafo dell'articolo 174 del trattato CE: "La politica della Comunità in materia ambientale contribuisce a perseguire i seguenti obiettivi: salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente, protezione della salute umana, utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale".

²⁶⁸ Cfr. E.A. Carnevale, P. Carrozza, G. Cerrina Feroni, G.F. Ferrari, G. Morbidelli, R. Orrù: *Verso una politica energetica integrata. Le energie rinnovabili nel prisma della comparazione*, in Editoriale scientifica, Napoli, 2015, p. 613.

La regolamentazione del settore delle energie rinnovabili è iniziata con strumenti di *soft law*, il primo dei quali è stato il *Libro verde sulle energie rinnovabili* del 1996²⁶⁹. Quest'ultimo contiene l'obiettivo programmatico di incrementare del doppio l'impiego di fonti rinnovabili di produzione di energia rispetto al consumo interno lordo europeo, con l'auspicio di giungere fino alla quota del 12 % entro il 2010²⁷⁰. Lo stesso Libro verde, inoltre, analizza i vantaggi che derivano dall'impiego di fonti energetiche rinnovabili, nell'ottica di una crescita sostenibile, tra cui la conformità "(...) alla strategia globale di sviluppo sostenibile, effetti positivi sullo sviluppo regionale e sull'occupazione, ridurre la dipendenza dell'Unione europea dalle importazioni di energia (...)"²⁷¹.

Costituisce uno sviluppo di questo primo documento il *Libro Bianco* del 1997²⁷², in cui viene promosso il ricorso a fonti rinnovabili avendo due obiettivi principali: per un verso ridurre l'utilizzo di fonti energetiche fossili, nell'ottica di una diminuzione considerevole delle emissioni di CO₂, in modo tale da poterne ammortizzare il relativo impatto ambientale; per altro verso il ricorso alle fonti rinnovabili viene incentivato per garantire una maggiore "sicurezza

²⁶⁹ Libro verde della Commissione europea, adottato il 20 novembre del 1996, sulle fonti energetiche rinnovabili, intitolato: *Energia per il futuro: le fonti energetiche rinnovabili*. Libro verde per una strategia comunitaria, disponibile al <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l27018&from=IT> (consultato il 16 gennaio 2019).

²⁷⁰ Cfr. Ivi. paragrafo "contenuto".

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² Comunicazione della Commissione europea n. (97) 599, intitolata *Energia per il futuro: le fonti energetiche rinnovabili. Libro bianco per una strategia e un piano d'azione della comunità*, disponibile al: http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com97_599_it.pdf (consultato il 16 gennaio 2019).

dell'approvvigionamento energetico, risolvendo il problema della dipendenza energetica dell'Unione europea da paesi terzi"²⁷³. In questa duplice prospettiva il *Libro Bianco* traccia il percorso per incentivare l'impiego di fonti rinnovabili, evidenziando allo stesso tempo le carenze "di ordine strutturale, finanziario e amministrativo che gli incentivi normativi avrebbero dovuto affrontare"²⁷⁴.

L'orientamento di fondo di questi primi documenti di *soft law* verrà tradotto nella prima Direttiva in materia di rinnovabili, la 2001/77/CE²⁷⁵, che costituisce il primo atto normativo di natura vincolante nell'ambito delle energie rinnovabili. L'intervento è immediatamente successivo e si pone in ottica complementare rispetto a quello di carattere più generale avvenuto tra metà e fine anni '90, in cui è stato adottato dal legislatore comunitario un primo pacchetto di direttive in campo energetico, con l'obiettivo di liberalizzarne gradualmente il mercato europeo²⁷⁶. Ritornando alla Direttiva 2001/77/CE in materia di energie rinnovabili, si può notare come sia indirizzata, in continuità con quanto affermato negli strumenti di *soft law*, verso la creazione di un mercato europeo delle fonti energetiche rinnovabili ispirato ad una logica di tutela ambientale e di sicurezza

²⁷³E.A. Carnevale, P. Carrozza, G. Cerrina Feroni, G.F. Ferrari, G. Morbidelli, R. Orrù: *Verso una politica energetica integrata. Le energie rinnovabili nel prisma della comparazione*, in Editoriale scientifica, Napoli, 2015, cit. p. 614.

²⁷⁴ Ivi. p. 615.

²⁷⁵ Direttiva 2001/77/CE del 27.9.2001, sulla promozione dell'energia prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno.

²⁷⁶ Mi riferisco alle Direttive che fanno parte del "pacchetto energia", definito di prima generazione, tra cui vi sono: la direttiva 1994/22/CE sugli idrocarburi, la direttiva 1996/92/CE relativa alle norme comuni per il mercato elettrico e la direttiva 1998/30/CE relativa alla regolamentazione del gas naturale.

dell'approvvigionamento energetico²⁷⁷. Per quanto riguarda gli obiettivi la Direttiva dispone che i singoli Stati membri debbano fissare degli “obiettivi indicativi” di produzione di energia “verde” rispetto al totale di energia prodotto in europa per l'anno 2010²⁷⁸. Viene dunque attribuita agli Stati membri una rilevante discrezionalità nella definizione degli obiettivi nazionali, non avendo gli obiettivi europei natura vincolante. Viene inoltre affidato alla Commissione l'incarico di valutare la conformità delle misure d'azione nazionale di promozione delle energie rinnovabili rispetto ai principi europei in materia di libera concorrenza²⁷⁹. Proprio esercitando tale funzione valutativa, la Commissione nel 2004 ha pubblicato una comunicazione in cui effettua un primo bilancio delle modalità di incentivo delle energie rinnovabili nei singoli stati membri²⁸⁰. La comunicazione rileva come il recepimento della Direttiva da parte degli Stati membri abbia avuto luogo in maniera disarmonica, ciò anche a causa della forte discrezionalità demandata ai singolo Stati nella definizione degli obiettivi nazionali, sottolineando come le misure adottate da alcuni Stati membri non siano state in linea con gli obiettivi europei per il 2010²⁸¹. Con la comunicazione del 2004 la Commissione prende atto

²⁷⁷ Cfr. E.A. Carnevale, P. Carrozza, G. Cerrina Feroni, G.F. Ferrari, G. Morbidelli, R. Orrù: *Verso una politica energetica integrata. Le energie rinnovabili nel prisma della comparazione*, in Editoriale scientifica, Napoli, 2015, p. 616.

²⁷⁸ Cfr. *Ibid.*

²⁷⁹ Cfr. *Ibid.*

²⁸⁰ Mi riferisco alla comunicazione della Commissione europea n. 366 del 26 maggio 2004, intitolata: *La quota di fonti energetiche rinnovabili nell'UE*. Disponibile al [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com\(2004\)0366_/com_com\(2004\)0366_it.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com(2004)0366_/com_com(2004)0366_it.pdf) (consultato il 17 gennaio 2019).

²⁸¹ Cfr. A. Nova, *Investire in energie rinnovabili. La convenienza finanziaria per le imprese*. Egea, Milano, 2009, p. 34.

della mancanza di un'armonizzazione normativa nel campo delle rinnovabili, auspicando nuove iniziative comunitarie volte a rimuovere gli ostacoli, in vista di una maggiore omogeneità dei vari regimi energetici²⁸².

Di poco successivi sono il nuovo libro verde della Commissione del 2006, intitolato *Una strategia europea per un'energia sostenibile, competitiva e sicura*²⁸³, e il c.d. “pacchetto energia-clima”²⁸⁴ del 2007, in cui vengono delineati i caratteri della futura crescita nel settore delle energie rinnovabili e vengono poste le basi per la riforma della materia. Da un lato il libro verde introduce una “strategia comune europea” orientata alla sostenibilità ambientale, alla sicurezza nell'approvvigionamento energetico e alla competitività delle energie rinnovabili, anche sotto il profilo economico²⁸⁵. Dall'altro, il “pacchetto energia-clima” delinea il *target 20/20/20*, ossia la strategia europea per affrontare i cambiamenti climatici. In tale pacchetto è previsto il raggiungimento entro il 2020 degli obiettivi di innalzamento dell'efficienza energetica del 20%, di diminuzione del 20% delle emissioni di CO2 rispetto ai livelli degli anni '90 e di incremento della percentuale

²⁸² Cfr. *Ibid.*

²⁸³ Comunicazione della Commissione europea n. 105 dell'8 marzo 2006, libro verde, *Una strategia europea per un'energia sostenibile competitiva e sicura*. Disponibile al <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l27062&from=IT> (consultato il 17 gennaio 2019).

²⁸⁴ Si tratta della Comunicazione della Commissione europea n. 2 del 10 gennaio 2007, il c.d. “pacchetto energia-clima” che contiene il *target 20/20/20* che poi verrà riproposto nelle nuove direttive in materia energetica. Disponibile al <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0002:FIN:IT:PDF> (consultato il 17 gennaio 2019).

²⁸⁵ Cfr. E.A. Carnevale, P. Carrozza, G. Cerrina Feroni, G.F. Ferrari, G. Morbidelli, R. Orrù: *Verso una politica energetica integrata. Le energie rinnovabili nel prisma della comparazione*, in Editoriale scientifica, Napoli, 2015, p. 619.

di energia prodotta da fonti rinnovabili al 20% rispetto al totale di energia²⁸⁶. Questi due atti di *soft law* hanno tracciato il percorso che ha portato all'adozione di un nuovo pacchetto di direttive in materia energetica, di poco posteriore alla riforma dei Trattati europei di Lisbona, entrata in vigore nel 2009.

La tappa di Lisbona risulta fondamentale, poiché viene definitivamente sancita una competenza normativa espressa delle istituzioni europee in campo energetico. Infatti il nuovo articolo 4 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), alla lettera i), delinea una competenza concorrente degli Stati membri e dell'Unione in materia energetica, da esercitare nel rispetto del principio di sussidiarietà²⁸⁷. Vengono inoltre ribaditi nel TFUE, all'articolo 194, gli obiettivi verso cui indirizzare l'azione europea in ambito energetico, come ad esempio la promozione delle energie rinnovabili, della sostenibilità ambientale, della sicurezza nell'approvvigionamento, dell'efficienza e del risparmio energetico.²⁸⁸ In questo nuovo contesto europeo, le istituzioni hanno dapprima adottato la Direttiva 2009/28/CE²⁸⁹, relativa al settore delle energie rinnovabili, e poco dopo le Direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE in cui viene effettuata una più generale rivisitazione della normativa in materia energetica, nell'ottica di una maggiore

²⁸⁶Cfr. M. Falcione, *Diritto dell'energia. Le fonti rinnovabili e il risparmio energetico*. Barbera editore, Lavis (TN), 2008, p. 78.

²⁸⁷ Cfr. E.A. Carnevale, P. Carrozza, G. Cerrina Feroni, G.F. Ferrari, G. Morbidelli, R. Orrù: *Verso una politica energetica integrata. Le energie rinnovabili nel prisma della comparazione*, in Editoriale scientifica, Napoli, 2015, p. 612 e seguenti.

²⁸⁸ Cfr. *Ibid.*

²⁸⁹ Direttiva 2009/28/CE del 23.4.2009, relativa alla promozione dell'uso dell'energia prodotta da fonti rinnovabili. Disponibile al <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A32009L0028> (consultato il 18 gennaio 2019)

armonizzazione²⁹⁰. Di seguito l'attenzione sarà concentrata sulla Direttiva 2009/28/CE, che costituisce ad oggi la fonte normativa vigente in materia di energie rinnovabili. Nei paragrafi successivi si faranno brevi cenni ai contenuti della comunicazione *Clean energy for all Europeans*²⁹¹ ed al nuovo pacchetto di Direttive europee il c.d. "*Clean energy package*", in procinto di essere adottato formalmente dalle istituzioni europee nei primi mesi del 2019²⁹². Ritornando alla Direttiva 2009/28/CE, relativa alla promozione dell'energia prodotta da fonti rinnovabili, attualmente in vigore, è interessante rilevare come la stessa sia stata efficacemente riassunta in questi termini: "Esprime la massima sintesi del connubio energia-ambiente emergente della strategia energetica europea..."²⁹³. La Direttiva infatti, si ripropone di sviluppare il settore delle rinnovabili ponendo al centro vari interessi che incidono su di una crescita sostenibile in ambito energetico, come ad

²⁹⁰ Si tratta specificamente della Direttiva 2009/72/CE, che disciplina norme comuni per il mercato dell'energia elettrica; e della Direttiva 2009/73/CE, che disciplina norme comuni per il mercato del gas naturale. Compongono il c.d. "terzo pacchetto energia" e vanno ad abrogare le direttive del 2003. Disponibili rispettivamente al: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32009L0072> e al <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:211:0094:0136:en:PDF> (consultato il 18 gennaio 2019).

²⁹¹ Comunicazione della Commissione del 30.11.2016 n. 860, disponibile al: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016DC0860&from=EN> (consultato il 18 gennaio 2019).

²⁹² Mi riferisco al nuovo pacchetto di direttive in materia energetica, che stanno per essere formalmente adottate dalle istituzioni europee nei primi mesi del 2019, denominato anche "energia pulita per tutti gli europei") disponibile al: <https://ec.europa.eu/energy/en/topics/energy-strategy-and-energy-union/clean-energy-all-europeans> (consultato il 18 gennaio 2019).

²⁹³ E.A. Carnevale, P. Carrozza, G. Cerrina Feroni, G.F. Ferrari, G. Morbidelli, R. Orrù: *Verso una politica energetica integrata. Le energie rinnovabili nel prisma della comparazione*, in Editoriale scientifica, Napoli, 2015, cit. p. 619.

esempio la tutela ambientale e della salute, o l'impiego moderato di risorse naturali²⁹⁴. C'è da rilevare inoltre questa come costituisca la prima normativa europea in cui vengono delineati "obiettivi vincolanti" in materia di rinnovabili, a differenza di quelli "indicativi" emersi nelle Direttive del 2001, tesi a favorire il rispetto degli obblighi di diminuzione dei gas a effetto serra previsti dal Protocollo di Kyoto, di cui sono firmatari l'Unione e la quasi totalità degli Stati membri²⁹⁵. Inoltre viene fissata al 20%, da raggiungere entro il 2020, la quota media europea di energia proveniente da fonti rinnovabili rispetto al "consumo finale lordo", con la peculiarità di una modulazione differenziata della quota *pro capite* che dovranno raggiungere i singoli Stati membri²⁹⁶. Il fattore che differenzia l'obiettivo percentuale dei singoli Stati, che si aggiunge ad una quota minima del 5,5%, è la capacità di sostenere investimenti strutturali di una certa rilevanza, da determinare "in funzione del prodotto interno lordo, secondo la logica definita *burden sharing*"²⁹⁷.

Per quanto riguarda l'Italia, l'obiettivo percentuale di energia rinnovabile da raggiungere entro il 2020 è stato fissato al 17% sul consumo totale di energia, potendo sul punto anticipare come questo sia stato ampiamente conseguito già nel 2015, con una percentuale pari al 17,5%²⁹⁸. Per quanto riguarda le modalità di

²⁹⁴ Cfr. Ivi. p. 640.

²⁹⁵ Cfr. Ivi. p. 621 e seguenti.

²⁹⁶ Cfr. *Ibid.*

²⁹⁷ *Ibid.*

²⁹⁸ Cfr. *Energie rinnovabili in Italia 2018, Lo stato dell'arte e le previsioni per il 2019 e 2020*, articolo di Anter, Associazione nazionale a tutela delle energie rinnovabili, disponibile al: <https://anteritalia.org/energie-rinnovabili-in-italia-2018-lo-stato-dellarte-e-le-previsioni-per-il-2019-e-2020/> (consultato il 18 gennaio 2019).

raggiungimento di tali obiettivi, la Direttiva prescrive da un lato l'adozione entro il 2010 di un piano d'azione nazionale (PAN) in materia di energie rinnovabili, in cui illustrare le misure concrete da intraprendere a sostegno delle rinnovabili, che saranno monitorate dalla Commissione²⁹⁹ Dall'altro, la Direttiva delinea alcuni istituti per favorire una cooperazione tra i vari Stati membri, come ad esempio la possibilità di "trasferimenti statistici di una quota di energia rinnovabile" o "il modello dei progetti comuni, finalizzati alla produzione di energie rinnovabili"³⁰⁰. Inoltre la Direttiva sollecita un percorso di "semplificazione" della normativa, improntato a criteri di trasparenza e proporzionalità, per quanto riguarda le procedure amministrative nazionali, che regolamentano la realizzazione degli impianti di produzione di energia rinnovabile e il relativo funzionamento³⁰¹.

In conclusione, si può notare come negli ultimi decenni vi sia stato un crescente interesse delle istituzioni europee verso la materia energetica ed in particolare nei confronti di politiche di promozione delle energie rinnovabili. Considerazioni di carattere ambientale, d'altronde, in forza del più volte ricordato principio d'integrazione, debbono riguardare qualunque scelta politica dell'Unione, a maggior ragione in ambito energetico, ricordando il "peso" che rivestono gli impegni di carattere internazionale, attraverso i quali ci si prefigge il contrasto ai

²⁹⁹ L'Italia ha dato seguito a tale prescrizione adottando il Piano d'azione nazionale per le energie rinnovabili (PAN per le energie rinnovabili) con il D.M. del 10.9.2010, pubblicato in G.U. il 18.9.2010, disponibile al: <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2010/09/18/10A11230/sg> (consultato il 19 gennaio 2019).

³⁰⁰ E.A. Carnevale, P. Carrozza, G. Cerrina Feroni, G.F. Ferrari, G. Morbidelli, R. Orrù: *Verso una politica energetica integrata. Le energie rinnovabili nel prisma della comparazione*, in Editoriale scientifica, Napoli, 2015, cit. p. 623.

³⁰¹ Cfr. Ivi, p. 624.

cambiamenti climatici. Ciò ha portato all'introduzione degli obiettivi percentuali vincolanti di energia pulita per il 2020 ed inoltre "all'auspicio di una competitività tra fonti rinnovabili e fonti tradizionali..." da attuare mediante: "...un affinamento delle tecnologie, accompagnato da un'apprezzabile riduzione dei costi per lo sviluppo delle fonti di energia rinnovabili"³⁰². Vedremo, nel prossimo paragrafo, come si è andata evolvendo la disciplina Italiana in materia di energie rinnovabili, alla luce degli interventi riformatori avvenuti in Europa.

3.1.2. Sviluppo normativo delle energie rinnovabili in Italia

Sul versante interno, l'evoluzione del quadro normativo in materia di rinnovabili è avvenuta in parallelo con gli interventi riformatori europei. Il primo intervento legislativo rilevante in materia di rinnovabili è stato realizzato nel 1991³⁰³. Il legislatore italiano, con le leggi nn. 9 e 10 del 1991, ha intrapreso la strada verso una "parziale liberalizzazione della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili"³⁰⁴. L'intervento in questione, infatti, ha comportato una prima rottura del monopolio detenuto dall'Enel in materia di produzione di energia elettrica, nella

³⁰² Ivi, p. 628.

³⁰³ Mi riferisco alle Leggi n. 9 e 10 del 9 gennaio 1991 destinate ad attuare il piano energetico nazionale per l'anno 1988 ed inoltre orientate a scalfire, per la prima volta, il monopolio dell'ENEL relativo alla produzione, distribuzione e vendita dell'energia elettrica. Disponibili rispettivamente al: <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1991/01/16/091G0014/sg> e al http://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1991-01-16&atto.codiceRedazionale=091G0015&elenco30giorni (consultato il 19 gennaio 2019)

³⁰⁴ A. Nova, *Investire in energie rinnovabili. La convenienza finanziaria per le imprese*. Egea, Milano, 2009, cit. p. 37.

direzione di una graduale liberalizzazione del mercato energetico³⁰⁵. Tuttavia, l'Enel continuava a detenere il monopolio in relazione alla "vendita" dell'energia prodotta in eccesso rispetto a quella consumata, che veniva dunque acquistata da Enel sulla base di apposite convenzioni con gli operatori³⁰⁶. Per quanto riguarda propriamente le rinnovabili, l'intervento del '91 delineava: da un lato gli obblighi di adozione di piani energetici nel campo delle rinnovabili, non solo a livello nazionale bensì in maniera più diffusa anche a livello regionale e locale; dall'altro, misure incentivanti all'impiego delle fonti energetiche rinnovabili, in particolar modo attraverso lo strumento dei "contributi in conto capitale", erogati per sostenere una parte rilevante dei costi iniziali di investimento³⁰⁷. Ritornando al tema della liberalizzazione del mercato energetico, è con il d.lgs. n. 79 del 1999, il c.d. decreto Bersani, che recepisce la citata Direttiva 96/92/CE sul mercato elettrico, che si assiste ad un'apertura: "...di tutte le fasi della filiera, ossia quelle ulteriori rispetto alla sola parziale apertura del monopolio introdotta dalla legge n. 9/1991"³⁰⁸. Questo intervento ha comportato l'apertura del mercato elettrico in relazione alle varie attività rientranti nella filiera, così come elencate all'articolo 1, comma 1, del decreto Bersani³⁰⁹. Per incentivare l'impiego di fonti energetiche

³⁰⁵ Cfr. M. Falcione, *Diritto dell'energia. Le fonti rinnovabili e il risparmio energetico*. Barbera editore, Lavis (TN), 2008, pp. 62 e seguenti

³⁰⁶Cfr. *Ibid.*

³⁰⁷ Cfr. A. Nova, *Investire in energie rinnovabili. La convenienza finanziaria per le imprese*. Egea, Milano, 2009, cit. pp. 37 e seguenti.

³⁰⁸ M. Falcione, *Diritto dell'energia. Le fonti rinnovabili e il risparmio energetico*. Barbera editore, Lavis (TN), 2008, cit. p. 66.

³⁰⁹Riporto il testo dell'art. 1, comma 1. del decreto Bersani, il dlgs. n. 79 del 1999, rubricato "Liberalizzazione e trasparenza societaria ", dispone quanto segue:" Le attività di produzione,

rinnovabili, il decreto introduceva per la prima volta i c.d. certificati verdi³¹⁰, ossia un sistema di incentivazione che certifica la provenienza dell'energia da fonti rinnovabili e permette lo scambio dei relativi titoli certificativi. Inoltre il decreto disponeva, in capo a tutti gli operatori del settore, un obbligo di immissione nella rete elettrica nazionale di una percentuale minima di energia pulita rispetto a quella proveniente da fonti tradizionali³¹¹. Si è trattato dunque di un intervento con il quale il legislatore, sulla scorta delle indicazioni europee, si proponeva di dare avvio ad un mercato elettrico orientato alla libera competizione, cercando allo stesso tempo una sintesi tra interessi economici e di tutela ambientale³¹².

Poco dopo il decreto Bersani, è stato avviato l'*iter* per la riforma del titolo V della costituzione, che si è conclusa con l'inserimento per la prima volta della materia energetica nel testo costituzionale. Infatti, la riforma costituzionale del 2001³¹³, modificando l'articolo 117, terzo comma, ha attribuito la materia della "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia" alla competenza legislativa

importazione, esportazione, acquisto e vendita di energia elettrica sono libere nel rispetto degli obblighi di servizio pubblico contenuti nelle disposizioni del presente decreto. Le attività di trasmissione e dispacciamento sono riservate allo Stato ed attribuite in concessione al gestore della rete di trasmissione nazionale di cui all'articolo. L'attività di distribuzione dell'energia elettrica è svolta in regime di concessione rilasciata dal Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato".

³¹⁰ Rinvio a pagina 6 della presente tesi per una definizione più dettagliata di certificato verde.

³¹¹ Cfr. E.A. Carnevale, P. Carrozza, G. Cerrina Feroni, G.F. Ferrari, G. Morbidelli, R. Orrù: *Verso una politica energetica integrata. Le energie rinnovabili nel prisma della comparazione*, in Editoriale scientifica, Napoli, 2015, p. 359.

³¹² Cfr. A. Nova, *Investire in energie rinnovabili. La convenienza finanziaria per le imprese*. Egea, Milano, 2009, cit. p. 39.

³¹³ Riforma del titolo V della Costituzione avvenuta con la legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001.

concorrente di Stato e regioni³¹⁴. Nell'assetto precedente alla riforma del 2001, la Corte Costituzionale si era espressa più volte a favore della competenza statale in materia energetica³¹⁵. Questo cambio di direzione, ossia l'attribuzione di una competenza concorrente Stato-regioni in materia energetica, ha comportato svariati problemi interpretativi circa l'effettivo riparto, specie per quanto riguarda le energie rinnovabili. Infatti, da una parte il settore delle energie rinnovabili può rientrare nell'ambito applicativo di alcune attribuzioni statali esclusive, come ad esempio: la tutela ambientale e della concorrenza, nonché la "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale"³¹⁶. Dall'altra parte invece, vi sono anche materie attribuite alla potestà concorrente che possono avere influenza nel campo delle rinnovabili, come ad esempio: il "governo del territorio" e la "tutela della salute"³¹⁷. La complessità della situazione è sintetizzata dalla Corte costituzionale in questi termini: ci troviamo di fronte ad "una concorrenza di competenza (...) ovvero si è in presenza di più materie di diversa classificazione"³¹⁸. C'è inoltre da aggiungere che lo Stato è legittimato ad esercitare, per attrarre a livello centrale le materie attribuite alla potestà legislativa concorrente, sia la c.d. "chiamata in sussidiarietà", allorché venga ritenuta necessaria un'azione unitaria, sia la facoltà

³¹⁴ Cfr. E.A. Carnevale, P. Carrozza, G. Cerrina Feroni, G.F. Ferrari, G. Morbidelli, R. Orrù: *Verso una politica energetica integrata. Le energie rinnovabili nel prisma della comparazione*, in Editoriale scientifica, Napoli, 2015, p. 356.

³¹⁵ Cfr. *Ibid.*

³¹⁶ *Ivi*, p. 396

³¹⁷ *Ibid.*

³¹⁸ L.Cuocolo, *Le energie rinnovabili tra Stato e Regioni. Un equilibrio instabile tra mercato, autonomia e ambiente*, Giuffrè, Milano, 2011, cit. p. 26.

di intervenire in via trasversale per ciò che attiene alla tutela dell'ambiente³¹⁹. Proprio quest'ultimo aspetto, relativo alla trasversalità dell'intervento statale in materia ambientale, ha portato la Corte costituzionale a riconoscere in alcune decisioni: "la prevalenza della competenza esclusiva in materia ambientale, rispetto alla competenza concorrente in materia dell'energia"³²⁰. Se quindi, a livello teorico la competenza legislativa in materia energetica è di natura concorrente, nella pratica risulta necessario procedere ad un bilanciamento tra i vari interessi che riflettono le materie coinvolte nel caso concreto, secondo i parametri enunciati dalla Corte costituzionale della "prevalenza" e della "leale collaborazione"³²¹. Ciò vuol dire che nell'ipotesi in cui vi sia "la sicura prevalenza di un complesso normativo rispetto ad altri, tale ambito diventa il riferimento per individuare il soggetto competente"³²². Invece nell'ipotesi opposta, trova applicazione il principio di leale collaborazione, in forza del quale il legislatore statale è tenuto a: "(...) predisporre adeguati strumenti di coinvolgimento delle regioni, a salvaguardia delle loro competenze"³²³. L'analisi dell'allocazione di competenze in materia energetica,

³¹⁹ Cfr. Cfr. E.A. Carnevale, P. Carrozza, G. Cerrina Feroni, G.F. Ferrari, G. Morbidelli, R. Orrù: *Verso una politica energetica integrata. Le energie rinnovabili nel prisma della comparazione*, in Editoriale scientifica, Napoli, 2015, pp. 396 e seguenti.

³²⁰ *Ibid.* Tra le varie sentenze della Corte costituzionale in cui è stata valutata la prevalenza della competenza in materia ambientale, riporto la sentenza della Corte n. 88 del 2009, disponibile al: <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2009&numero=88> (consultato il 21 gennaio 2019).

³²¹ Cfr. E.A. Carnevale, P. Carrozza, G. Cerrina Feroni, G.F. Ferrari, G. Morbidelli, R. Orrù: *Verso una politica energetica integrata. Le energie rinnovabili nel prisma della comparazione*, in Editoriale scientifica, Napoli, 2015, pp. 396 e seguenti

³²² *Ibid.*

³²³ *Ibid.*

condotta dalla Corte costituzionale in seguito alla riforma del titolo V, mostra come l'equilibrio vada ricercato caso per caso, considerata l'incidenza di una molteplicità di materie sulla regolamentazione normativa delle energie rinnovabili.

Concluso questo *excursus* relativo alla cornice costituzionale, ritorniamo ad occuparci degli interventi di attuazione delle direttive europee in materia di energie rinnovabili. Il legislatore italiano, con il dlgs. n. 387 del 2003³²⁴, ha proceduto alla trasposizione della citata direttiva 2001/77/CE, relativa alla promozione dell'energia prodotta da fonti rinnovabili nel mercato interno. Per quanto riguarda gli obiettivi di produzione di energia pulita, il decreto prevedeva un aumento annuale costante della percentuale di energia "verde" che gli operatori economici erano tenuti ad immettere nella rete elettrica nazionale (un aumento annuale dello 0,35% fino al 2007 e dello 0,75% nel periodo 2008/2012)³²⁵. Inoltre viene introdotto il regime dell'"autorizzazione unica", il cui rilascio è necessario per la realizzazione e la messa in esercizio degli impianti, in vista di un'auspicata semplificazione nella regolamentazione delle procedure amministrative³²⁶. Tuttavia, il decreto prescriveva, con l'obiettivo di rendere effettivo il funzionamento del nuovo regime di autorizzazione unica, l'emanazione da parte

³²⁴ Dlgs. del 29 dicembre 2003 n. 387, relativo all': "Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità." Disponibile in G.U. al: <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2004/01/31/004G0041/sg> (consultato il 22 gennaio 2019).

³²⁵ Cfr. M. Falcione, *Diritto dell'energia. Le fonti rinnovabili e il risparmio energetico*. Barbera editore, Lavis (TN), 2008, p. 72.

³²⁶ Cfr. E.A. Carnevale, P. Carrozza, G. Cerrina Feroni, G.F. Ferrari, G. Morbidelli, R. Orrù: *Verso una politica energetica integrata. Le energie rinnovabili nel prisma della comparazione*, in Editoriale scientifica, Napoli, 2015, p. 360.

della Conferenza Stato-regioni, di puntuali linee-guida³²⁷ che andassero a contemperare l'interesse alla promozione delle energie rinnovabili con quello legato alla tutela ambientale e del paesaggio³²⁸. Le citate linee guida sono state finalmente adottate dalla Conferenza unificata Stato-regioni nel 2010, comportando nel periodo intermedio uno “stallo” nell'accrescimento delle rinnovabili, causato dall'incertezza circa l'espletamento della nuova procedura autorizzativa unica³²⁹. L'adozione tardiva delle linee guida è stata oggetto di critiche da parte della dottrina ed inoltre è avvenuta a ridosso del recepimento della nuova Direttiva 2009/28/CE, avvenuta con il dlgs. n. 28 del 2011³³⁰.

Il nuovo decreto, attualmente in vigore, ha introdotto l'obiettivo vincolante per l'Italia del raggiungimento della quota del 17% di energia pulita sui “consumi finali lordi” entro il 2020³³¹. In parallelo con quanto prescritto dalla Direttiva 2009/28/CE, il decreto ha previsto l'adozione di un Piano d'azione nazionale (PAN) in materia di energie rinnovabili, in cui illustrare le azioni e le misure concrete da intraprendere per realizzare gli obiettivi prefissati. Per quanto riguarda le procedure

³²⁷ Mi riferisco alle linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, adottate con D.M. n. 219 del 10 settembre 2010, disponibile in G.U. al: <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2010/09/18/10A11230/sg> (consultato il 22 gennaio 2019).

³²⁸ Cfr. E.A. Carnevale, P. Carrozza, G. Cerrina Feroni, G.F. Ferrari, G. Morbidelli, R. Orrù: *Verso una politica energetica integrata. Le energie rinnovabili nel prisma della comparazione*, in Editoriale scientifica, Napoli, 2015, p. 360.

³²⁹ Cfr. *ivi*, p. 394.

³³⁰ Dlgs. n. 28 del 3 marzo 2011 relativo all': “Attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili”. Disponibile in G.U. al: <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2011/03/28/011G0067/sg> (consultato il 22 gennaio 2019).

³³¹ Rinvio a p. 127 della presente tesi, in cui è svolta una trattazione più dettagliata dei fattori che incidono sugli obiettivi da raggiungere a livello nazionale.

amministrative che regolano la realizzazione degli impianti di produzione di energia rinnovabile, la direttiva 2009/28/CE sollecitava un percorso di “semplificazione” della normativa, improntato a criteri di trasparenza e proporzionalità. Il legislatore italiano con il decreto del 2011 ha agito di conseguenza, delineando oltre al regime di autorizzazione unica, la procedura abilitativa semplificata (la c.d. PAS), che può trovare applicazione nei confronti di impianti di piccole dimensioni (fino ad un massimo di potenza di 1 MW)³³². Il decreto inoltre ha disposto un riordino razionale delle misure di incentivazione relative alle varie tipologie di fonti energetiche rinnovabili³³³.

Ritornando al Piano d’azione nazionale per le energie rinnovabili, il legislatore lo ha sottoposto alla valutazione della Commissione europea nel luglio del 2010³³⁴, prima ancora di recepire la direttiva 2009/28/CE. Gli obiettivi e gli interventi delineati nel Piano d’azione sono stati riproposti nella Strategia energetica nazionale (SEN) adottata nel 2013³³⁵. Tra i vari obiettivi prefissati nella Strategia, merita particolare attenzione quello relativo allo “sviluppo sostenibile delle energie

³³² Cfr. E.A. Carnevale, P. Carrozza, G. Cerrina Feroni, G.F. Ferrari, G. Morbidelli, R. Orrù: *Verso una politica energetica integrata. Le energie rinnovabili nel prisma della comparazione*, in Editoriale scientifica, Napoli, 2015, p. 424.

³³³ Cfr. *Ibid.*

³³⁴ Il piano d’azione Nazionale per le energie rinnovabili dell’Italia, adottato il 30 giugno 2010 è stato presentato alla Commissione il 28 luglio 2010. Disponibile al: <http://fire-italia.org/wp-content/uploads/2015/04/PAN-DETTAGLIO.pdf> (consultato il 23 gennaio 2019).

³³⁵ La *Strategia energetica nazionale: per un’energia più competitiva e sostenibile*, adottata il 14 marzo 2013 con decreto interministeriale del Ministero dello sviluppo economico e dell’ambiente. Disponibile al: https://www.mise.gov.it/images/stories/normativa/20130314_Strategia_Energetica_Nazionale.pdf (consultato il 23 gennaio 2019).

rinnovabili” delineato al paragrafo 4.3³³⁶. La Strategia del 2013 è infatti orientata verso “il superamento degli obiettivi di produzione europei 20-20-20, con un più equilibrato bilanciamento tra le diverse fonti rinnovabili, la sostenibilità economica dello sviluppo del settore, con allineamento dei costi di incentivazione ai livelli europei, una preferenza per le tecnologie con maggiori ricadute sulla filiera economica nazionale”³³⁷. Nella Strategia vengono inoltre sottolineate anche le ricadute positive in termini socio-occupazionali derivanti dalle politiche nel settore delle energie rinnovabili, qualificandole come “volano di sviluppo dei territori e dell’occupazione”³³⁸.

In conclusione di paragrafo, è opportuno provare ad effettuare una sintesi della situazione italiana degli ultimi anni e delle prospettive future nel campo delle rinnovabili. A tal fine è senza dubbio utile rinviare ai contenuti della Strategia energetica nazionale del 2017³³⁹ e alla memoria³⁴⁰ redatta dalla vecchia Autorità di

³³⁶ Cfr. E.A. Carnevale, P. Carrozza, G. Cerrina Feroni, G.F. Ferrari, G. Morbidelli, R. Orrù: *Verso una politica energetica integrata. Le energie rinnovabili nel prisma della comparazione*, in Editoriale scientifica, Napoli, 2015, p. 363.

³³⁷ Cit. Sezione 4.3 della *Strategia energetica nazionale: per un’energia più competitiva e sostenibile* (SEN) 2013.

³³⁸ E.A. Carnevale, P. Carrozza, G. Cerrina Feroni, G.F. Ferrari, G. Morbidelli, R. Orrù: *Verso una politica energetica integrata. Le energie rinnovabili nel prisma della comparazione*, in Editoriale scientifica, Napoli, 2015, cit. p. 364

³³⁹ *Strategia energetica nazionale 2017*, adottata con decreto interministeriale del 10 novembre 2017 in concerto tra il Ministero dello sviluppo economico e il Ministero dell’ambiente. Disponibile al: https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/testo_della_StrategiaEnergeticaNazionale_2017.pdf (consultato il 24 gennaio 2019).

³⁴⁰ Mi riferisco alla memoria di AEEGSI n. 664/2017/I/COM intitolata: *Memoria dell’autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico sulla strategia energetica nazionale 2017*. Disponibile al: <https://www.arera.it/it/docs/17/664-17.htm> (consultato il 24 gennaio 2019).

regolazione in materia energetica, l’Autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico (AEEGSI), che ha cambiato denominazione in Autorità per la regolazione dell’energia, delle reti e dell’ambiente (ARERA) dal 1° gennaio 2018. Partendo dall’analisi della Strategia energetica nazionale del 2017, nella sezione relativa alle fonti rinnovabili, viene ricordato come l’Italia abbia già raggiunto nel 2015 (con il 17,5%) l’obiettivo previsto per il 2020 del 17% di energia prodotta da fonti rinnovabili³⁴¹. La Strategia ha delineato un “percorso di crescita sostenibile delle fonti rinnovabili”, fissando l’ambizioso obiettivo di raggiungere entro il 2030 una percentuale di energia prodotta da fonti energetiche rinnovabili pari al 28% sui “consumi lordi finali”³⁴².

Proprio in vista del raggiungimento di tale obiettivo percentuale, la Strategia individua un duplice arco temporale entro cui porre in essere politiche di supporto alle rinnovabili: da un lato gli interventi di incentivazione fino al 2020, dall’altro lato quelli con orizzonte 2030. In relazione agli interventi fino al 2020, la Strategia promuove “l’allocazione degli incentivi attraverso aste competitive, secondo una logica di neutralità tecnologica, in quanto da tempo le considera il miglior strumento per accompagnare le rinnovabili a mercato”³⁴³. L’autorità di regolazione, nella citata memoria sulla Strategia energetica del 2017, condivide il sistema di allocazione degli incentivi basato su aste competitive, ed anzi ne suggerisce un’applicazione ulteriore anche in relazione agli impianti di minor dimensione (fino

³⁴¹Cfr. *Strategia energetica nazionale 2017*, sezione 3, p. 61.

³⁴² Ivi. p. 75.

³⁴³ Memoria di AEEGSI n. 664/2017/I/COM intitolata: *Memoria dell’autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico sulla strategia energetica nazionale 2017*, cit. p. 7.

ad 1 MW), non rientranti nei parametri stabiliti dal c.d. decreto FER del 23 giugno 2016 (impianti di potenza non inferiore a 5 MW)³⁴⁴. Questo ampliamento, secondo l'autorità, andrebbe a rendere più trasparente l'allocazione degli incentivi nei confronti di impianti di piccola dimensione. Per quanto riguarda invece gli interventi da effettuare a partire dal 2020, la Strategia è orientata al superamento degli strumenti incentivanti basati sulle aste competitive, per giungere all'introduzione dei contratti di acquisto di energia a lungo termine, i c.d. *Power purchase agreement* (PPA)³⁴⁵. Tuttavia, su questo punto, l'autorità di regolazione ha dissentito, evidenziando da un lato come “il mercato da solo non sia in grado di promuovere efficacemente gli investimenti nelle rinnovabili”³⁴⁶. Dall'altro lato sottolineando come “le aste siano il miglior strumento per accompagnare le rinnovabili a mercato, fin tanto che tali tecnologie non avranno raggiunto la cosiddetta *market parity* e non saranno pienamente concorrenziali con le altre tecnologie. Ciò anche oltre il 2020”.

L'analisi delle recenti aste competitive previste nella nuova bozza di decreto relativo all'incentivazione delle fonti energetiche rinnovabili (il c.d. decreto FER 1), sarà oggetto degli ultimi due paragrafi del presente lavoro. Il prossimo, invece, è dedicato all'esame delle novità contenute nel nuovo pacchetto di direttive europee

³⁴⁴Cfr. *Ibid.* Inoltre ho fatto riferimento al decreto interministeriale del 23 giugno 2016, il c.d. Decreto FER 2016, che ha introdotto il sistema delle aste competitive per gli impianti di potenza superiore ai 5 MW. Disponibile in G.U. al: <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/06/29/16A04832/sg> (consultato il 24 gennaio 2019).

³⁴⁵ Cfr. *Strategia energetica nazionale 2017*, sezione 3, p. 80.

³⁴⁶Memoria di AEEGSI n. 664/2017/I/COM intitolata: *Memoria dell'autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico sulla strategia energetica nazionale 2017*, cit. p. 9.

in materia energetica, il c.d. *Clean energy package*, in procinto di essere formalmente adottato dalle istituzioni europee.

3.1.3 Cenni al nuovo pacchetto di direttive europee: il “*Clean energy package*”

La già citata comunicazione della Commissione, dal titolo “*Clean Energy for all Europeans*”, che risale al 30 novembre del 2016, ha dato inizio all’*iter* che ha portato alla stesura del nuovo insieme di direttive, intitolato “*Clean energy package*”, in procinto di essere adottato nei primi mesi del 2019³⁴⁷. L’obiettivo esplicitamente evidenziato nelle proposte di pacchetto che stiamo per analizzare è quello di rendere l’Unione europea più competitiva nella fase attuale, caratterizzata da una necessaria transizione a quella che è stata definita un’economia dell’energia pulita (“*clean energy economy*”³⁴⁸). Una formula del genere coglie con chiarezza l’intenzione che anima i recenti interventi delle Istituzioni Europee in materia energetica, miranti a rendere sempre più chiara la connessione intrinseca tra conversione all’energia pulita e sviluppo economico sostenibile. Da qui gli sforzi delle amministrazioni pubbliche miranti a incentivare gli investimenti degli operatori economici che dimostrino di essere responsabili dal punto di vista ambientale e sociale. Il pacchetto sull’energia pubblicato dalla Commissione, mettendo insieme proposte legislative e revisione di precedenti direttive, sistematizza gli interventi delle Istituzioni Europee nel mercato dell’energia. Non

³⁴⁷ Cfr. le note 291 e 292 di questa tesi.

³⁴⁸ L. Hancher - B.M. Winters, *The EU Winter Package. Briefing Paper*, Allen & Overy LLP 2017, disponibile online <http://fsr.eui.eu/wp-content/uploads/The-EU-Winter-Package.pdf> (consultato il 24 gennaio 2019).

viene modificato l'obiettivo della conversione alle energie rinnovabili che entro il 2030 deve arrivare al 27% sui "consumi lordi finali", come aveva già indicato il Consiglio Europeo nell'ottobre del 2014³⁴⁹. Per sostenere la transizione alle energie rinnovabili, gli Stati sono spinti ad adottare un approccio definito *market-based*, attraverso il quale ridurre i rischi per incentivare gli investimenti³⁵⁰. Da questo punto di vista, il *Clean Energy Package* prevede investimenti pubblici e privati che ammontano annualmente a 117 milioni di euro. Si tratta di una cifra considerevole, che, tradotta in termini di PIL, ne lascia prevedere, per i prossimi dieci anni, un aumento pari all'1 per cento³⁵¹. La conversione della produzione industriale di energia verso le fonti rinnovabili è dunque il contributo centrale del nuovo pacchetto di direttive che stiamo analizzando. Quest'ultimo va inquadrato all'interno della strategia complessiva dell'UE che, in materia di politica energetica, intende aggiornare il proprio quadro normativo in modo da rispondere alle sfide del XXI secolo attraverso la facilitazione del passaggio all'energia pulita. In questo senso, diversi documenti europei parlano della creazione di una vera e propria Unione dell'Energia ("*Energy Union*")³⁵², basata sulla produzione di energia pulita,

³⁴⁹ <https://www.qualenergia.it/articoli/20161130-ecco-il-nuovo-pacchetto-energia-della-commissione-europea/> (consultato il 25 gennaio 2019)

³⁵⁰ Cfr. *ibid.*

³⁵¹ Cfr. *Elettricità Futura, Cosa cambierà con il Clean energy package?*, disponibile al http://www.elettricitafutura.it/News/Produzione/Cosa-cambier-con-il-clean-energy-package_37.html (consultato il 25 gennaio 2019).

³⁵² Già nella Comunicazione del 2016 (già citata nella nota 291) si affermava che "*finalising these changes will mark a significant step towards the creation of the Energy Union and delivering on the EU's Paris Agreement commitments*". L'espressione "*Energy Union*" ritorna costantemente in testi successive: cfr. European Commission, *Building the Energy Union*, disponibile al <https://ec.europa.eu/energy/en/topics/energy-strategy-and-energy-union/building-energy-union>

cioè generata da fonti rinnovabili. In questo senso, “l’UE sta costruendo un’unione dell’energia che garantisca che l’approvvigionamento energetico dell’Europa sia sicuro, praticabile e accessibile a tutti. In tal modo, l’UE può stimolare l’economia e attrarre investimenti che possano creare nuove opportunità di lavoro”³⁵³. Più precisamente, come è stato sintetizzato in un documento di AssoRinnovabili, “l’Unione dell’Energia dovrà basarsi, in sintesi, su un sistema energetico integrato a livello continentale che consenta ai flussi di energia di transitare liberamente attraverso le frontiere, che si fondi sulla concorrenza e sull’uso ottimale delle risorse e si concretizzi in un’economia sostenibile, a basse emissioni di carbonio e rispettosa del clima, concepita per durare nel tempo. Le imprese europee dovranno essere forti, innovative e competitive, e l’economia, costruita sull’efficienza energetica, dovrà prendere le distanze da combustibili fossili, tecnologie obsolete e modelli economici superati. I cittadini dovranno avere un ruolo di primo piano nella transizione energetica, traendo vantaggio dalle nuove tecnologie per pagare di meno, partecipando attivamente ad un mercato che tuteli i consumatori vulnerabili”³⁵⁴. In quest’ottica, il *Clean energy package* mira a fornire al mercato europeo dell’elettricità un nuovo aspetto e in tal modo a ridefinirne la fisionomia.

(consultato il 25 gennaio 2019) e più recentemente *New data and analyses for building the Energy Union in a robust way - the 2018 energy prices and costs report in Europe*, disponibile al https://ec.europa.eu/info/news/new-data-and-analyses-building-energy-union-robust-way-2018-energy-prices-and-costs-report-europe-2019-jan-09_en (consultato il 25 gennaio 2019).

³⁵³https://ec.europa.eu/commission/priorities/energy-union-and-climate_en (consultato il 25 gennaio 2019).

³⁵⁴AssoRinnovabili, *Clean energy package. Sintesi dei contenuti*, p. 3, disponibile al http://www.assorinnovabili.it/public/sitoaper/FontiRinnovabili/paper/2017/Sintesi_aR_winter_package_def.pdf (consultato il 26 gennaio 2019).

L'obiettivo esplicitamente perseguito dalla Commissione europea consiste nel far assumere all'Europa un ruolo-guida nella sfida rappresentata dalla imminente e indispensabile rivoluzione dell'intero settore energetico. Due sono gli assi portanti del pacchetto: la riduzione del 40% delle emissioni di anidride carbonica e la crescita economica dell'Europa stessa. Tre invece ne sono le principali finalità: il raggiungimento dell'efficienza energetica, la conquista della leadership nel campo delle energie rinnovabili e infine il proponimento di far diventare il consumatore protagonista del mercato nel settore dell'elettricità³⁵⁵. Seguendo le indicazioni contenute nel *Clean energy package*, si prevede, infatti, che i consumatori "dovranno poter autoconsumare senza restrizioni indebite e dovranno essere remunerati per l'energia che cedono alla rete"³⁵⁶. Per ottenere tali risultati l'Unione Europea s'impegna a sovvenzionare la ricerca in modo che, attraverso adeguate politiche innovative, l'introduzione di clausole di sostenibilità nel mercato dell'energia possa diventare una effettiva occasione di crescita economica, coniugando in tal modo i due aspetti della sostenibilità, ossia il rispetto per l'ambiente e lo sviluppo sociale³⁵⁷. L'ampio pacchetto di proposte contenute nel *Clean energy package* nasce dall'esigenza di superare le attuali criticità esistenti nel settore energetico, le più importanti delle quali riguardano il *market design* (cioè

³⁵⁵ Cfr. A. Notari, *Cosa cambia con il Clean energy package?*, Assoelettrica – 9 marzo 2017, disponibile al http://www.elettricitafutura.it/public/editor/News/2017/Poyry_Assoelettrica_CleanEnergyPackage_09032017_v100.pdf (consultato il 26 gennaio 2019).

³⁵⁶ *Ecco il nuovo pacchetto Energia della Commissione europea*, disponibile al <https://www.qualenergia.it/articoli/20161130-ecco-il-nuovo-pacchetto-energia-della-commissione-europea/> (consultato il 26 gennaio 2019).

³⁵⁷ Cfr. AssoRinnovabili, *Clean energy package. Sintesi dei contenuti*, pp. 21-22.

l'impostazione del mercato energetico) e gli investimenti e le risorse. Più precisamente, il *market design* non è all'altezza dell'aumento della produzione decentralizzata e delle nuove frontiere tecnologiche dello sviluppo. Gli investimenti sulla produzione energetica del futuro risultano attualmente sprovvisti di ogni prevedibile certezza. Solo attraverso investimenti e ricerca miranti ad accrescere le fonti di energia pulita, l'Europa potrà avvicinarsi all'obiettivo d'una riduzione della propria dipendenza energetica³⁵⁸. In conclusione, come ha sostenuto nella sua già citata Memoria la (vecchia) Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico (AEEGSI)³⁵⁹, per la corretta valutazione dei vantaggi complessivi della conversione alle energie rinnovabili è necessario ricorrere a “una nuova metodologia di analisi costi-benefici (...) che permetta la valorizzazione di un ampio set di benefici (...) compresi i benefici in termini di social welfare”³⁶⁰.

3.2. Lo schema di decreto FER 1 del 2018 e le nuove aste competitive

Il nuovo schema di decreto di incentivazione delle fonti energetiche rinnovabili, d'ora in poi schema di decreto FER 1 del 2018³⁶¹, adottato di concerto dal Ministero dello sviluppo economico e dal Ministero dell'ambiente, all'esito di un *iter* che ha

³⁵⁸ Cfr. *Ibid.*

³⁵⁹ Cfr. nota 257 di questa tesi.

³⁶⁰ *Memoria dell'autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico sulla strategia energetica nazionale 2017*, cit., p. 19.

³⁶¹ Lo schema del decreto interministeriale FER 1 del 2018, relativo all'incentivazione delle fonti energetiche rinnovabili “elettriche”, nell'ultima versione del 23 gennaio 2019 presentata dall'esecutivo alla Commissione europea, è disponibile al: <https://www.fasi.biz/images/decretorinnovabili.pdf> (consultato il 26 gennaio 2019).

visto coinvolte l'autorità di regolazione (ARERA) e la Conferenza unificata Stato-regioni, è stato notificato proprio in questi giorni (fine gennaio 2019) alla Commissione europea³⁶². Il decreto potrà essere formalmente approvato, e dunque entrare in vigore, solo all'esito della "valutazione di compatibilità con il mercato interno, ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera c) del TFUE", che dovrà essere effettuata dalla Commissione europea³⁶³. Si tratta della valutazione circa la conformità del nuovo sistema di incentivi, previsti dallo schema di decreto FER, rispetto alla disciplina europea sugli "aiuti di Stato", delineata dall'articolo 107 del TFUE. In particolare, la Commissione opera tale valutazione avendo come parametro di riferimento le "linee guida in materia di aiuti di Stato per l'energia e l'ambiente", formulate in una comunicazione del 2014³⁶⁴.

Il decreto FER 1, una volta entrato in vigore, andrà a sostituire il decreto FER del 23 giugno 2016³⁶⁵, salvo alcune residue applicazioni espressamente previste nel nuovo schema di decreto. Più in generale, il fondamento normativo dei decreti interministeriali di incentivazione delle fonti energetiche rinnovabili (i c.d. decreti FER) si rinviene all'articolo 24, quinto comma, del citato d.lgs. n. 28 del 2011 che ha dato attuazione alla Direttiva 2009/28/CE. L'articolo, infatti, dispone che "le

³⁶²Cfr. *Rinnovabili: Decreto FER 1 inviato a Bruxelles*, articolo disponibile al: <http://www.rinnovabili.it/energia/decreto-fer-1-testo/> (consultato il 26 gennaio 2019).

³⁶³Schema di decreto FER 1 del 2018, cit. p. 6.

³⁶⁴ Mi riferisco alla comunicazione della Commissione (COM) 2014/C/200/01, disponibile al: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52014XC0628%2801%29> (consultato il 26 gennaio 2019).

³⁶⁵Decreto interministeriale del 23 giugno 2016, il precedente decreto FER, relativo agli incentivi per la produzione di energia da fonti energetiche rinnovabili. Disponibile in G.U. al: <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/06/29/16A04832/sg> (consultato il 26 gennaio 2019).

modalità per l’attuazione dei sistemi di incentivazione” delle energie rinnovabili vengano predisposte mediante decreti interministeriali, adottati di concerto tra il Ministero dello sviluppo economico e quello dell’ambiente, ricevuto il parere dell’autorità di regolazione e della Conferenza unificata Stato-regioni³⁶⁶.

Dopo questo iniziale inquadramento, passiamo ad analizzare nel merito lo schema di decreto. Innanzitutto, lo schema predispone una programmazione dei meccanismi di incentivazione delle fonti rinnovabili relativa ad un arco temporale più esteso che in precedenza (fino al 2021), aspetto che è stato particolarmente apprezzato da Elettricità futura, principale associazione degli operatori del mercato elettrico italiano³⁶⁷. Per quanto riguarda l’oggetto e l’ambito applicativo, lo schema di decreto FER 1 disciplina esclusivamente i meccanismi di incentivazione di “fonti e tecnologie mature e con costi fissi prevalentemente bassi o comunque suscettibili di sensibile riduzione, quali eolico onshore, solare fotovoltaico, idroelettrico, gas residuati dei processi di depurazione”³⁶⁸. Viceversa, esso rinvia espressamente a successivi decreti FER per ciò che attiene alla definizione di misure di sostegno relative a fonti energetiche rinnovabili caratterizzate da “elementi di innovatività”

³⁶⁶Cfr. Articolo 24, comma 5 del d.lgs. n. 28 del 2011, relativo all’attuazione della Direttiva 2009/28/CE, disponibile in G.U. al: <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2011/03/28/011G0067/sg> (consultato il 26 gennaio 2019)

³⁶⁷Cfr. Elettricità futura, imprese elettriche italiane :*Osservazioni allo Schema di decreto per l’incentivazione delle FER 2018*, del 19 settembre 2018, disponibile al: http://www.elettricitafutura.it/public/editor/Position_Paper/2018/Osservazioni%20allo%20schema%20di%20DM%20FER%202018%20-%202019%20settembre%202018%20-%2 (consultato il 27 gennaio 2019).

³⁶⁸ Schema di decreto FER 1 del 2018, cit. p. 2.

e da “costi fissi ancora elevati o tempi maggiori di sviluppo”³⁶⁹. La *ratio* di tale differenziazione si rinviene nella volontà di predisporre “procedure competitive per gruppi di tecnologie o di tipi di impianti, caratterizzati da costi comparabili”³⁷⁰.

Il nucleo centrale dello schema di decreto FER 1 è rivolto a disciplinare due differenti meccanismi di accesso alle incentivazioni: per un verso, lo schema disciplina le procedure telematiche per selezionare i progetti che saranno iscritti in registri tenuti dal Gestore dei servizi energetici (GSE), in relazione agli impianti di potenza non superiore ad 1 MW. Per altro verso, disciplina le procedure competitive di asta al ribasso, per quanto riguarda gli impianti di potenza superiore ad 1 MW³⁷¹. In entrambi i casi si tratta di procedure pubbliche, che saranno indette a partire dai primi mesi del 2019 fino al 2021, per un totale di 8 procedure, suddivise in differenti gruppi aventi caratteristiche omogenee³⁷².

La distinzione tra la procedura per l’iscrizione a registro e la procedura di asta al ribasso, oltre a essere relativa alla potenza degli impianti che vi possono partecipare, riguarda la fase di selezione dei progetti. Infatti, in relazione alle procedure di iscrizione a registro, disciplinate dal titolo II, è previsto che l’offerta presentata telematicamente al GSE venga selezionata sulla base di criteri che contemperino tanto la possibilità di riduzione percentuale (non superiore al 30%)

³⁶⁹*Ibid.* Viene fornito un elenco esemplificativo di fonti energetiche rinnovabili aventi tali caratteristiche: “eolico offshore, energia oceanica, biomasse, biogas e solare termodinamico, geotermia...”.

³⁷⁰Ivi, p. 3.

³⁷¹Cfr. ivi, p. 8.

³⁷² Cfr. *Il Decreto FER arriva a Bruxelles: contingenti più alti per registri e aste; premiati autoconsumo e PPA*, articolo disponibile al: <http://www.solareb2b.it/decreto-fer-arriva-bruxelles/> (consultato il 27 gennaio 2019).

sulla tariffa incentivante fissata nello schema, quanto criteri qualitativi, differenziati per i differenti gruppi di bando³⁷³. Volendo fornire alcuni esempi di tali criteri qualitativi: per quanto riguarda il gruppo A, relativo ai bandi per gli impianti eolici e fotovoltaici, lo schema premia la realizzazione degli impianti “su discariche e lotti di discarica chiusi e ripristinati, cave non suscettibili di ulteriore sfruttamento estrattivo...”³⁷⁴; per quanto riguarda il gruppo A-2, relativo agli impianti fotovoltaici che verranno installati su superfici che presentano residui di eternit o amianto da eliminare, lo schema incentiva prioritariamente la realizzazione degli impianti “su scuole, ospedali, edifici pubblici”³⁷⁵.

Viceversa, per quanto riguarda le procedure d’asta al ribasso, oltre al rispetto di più stringenti requisiti di carattere finanziario, lo schema di decreto delinea come prioritario “il criterio della maggiore riduzione percentuale dell’offerta” (fino al 70% sulla tariffa di base), salvo prevedere “a parità di riduzione offerta”, alcuni criteri qualitativi di carattere generale e altri differenziati in relazione ai diversi gruppi di bando³⁷⁶. A titolo esemplificativo, in relazione a tutti i gruppi di bando è premiato il “possesso di un rating di legalità...pari ad almeno 2 stellette”; per quanto riguarda il gruppo A, che si occupa degli impianti eolici e fotovoltaici, sono delineati i medesimi criteri premianti illustrati in relazione alle procedure di

³⁷³ Cfr. Schema di decreto FER 1 del 2018, p. 14. Mi riferisco all’articolo 9, rubricato “Requisiti e modalità per la richiesta di partecipazione e criteri di selezione”, che fa parte del titolo II dello schema di decreto FER 1, intitolato “Procedure per l’iscrizione a registro”.

³⁷⁴ *Ibid.*

³⁷⁵ *Ibid.*

³⁷⁶ *Ivi.* p. 18. In particolare le “modalità di selezione dei progetti” relativi alle procedure d’asta al ribasso sono disciplinate dall’articolo 14, contenuto nel titolo III dello schema di decreto FER 1.

iscrizione a registro³⁷⁷. Per ragioni di completezza, sembra doveroso accennare all'ulteriore novità introdotta dallo schema di decreto FER 1, ossia la previsione dei contratti a lungo termine di acquisto di energia proveniente da fonti rinnovabili (i c.d. PPA). Più precisamente, l'articolo 18 dello schema, rubricato "Contrattazione di lungo termine di energia rinnovabile", dispone che all'esito di una "consultazione pubblica" da iniziare decorsi 180 giorni dall'entrata in vigore del decreto, il Gestore dei mercati energetici (GME) introduca una "piattaforma di mercato per la negoziazione di lungo termine di energia da fonti rinnovabili"³⁷⁸.

In conclusione, con riferimento al discorso condotto nel precedente paragrafo sullo sviluppo normativo delle rinnovabili in Italia (paragrafo 3.1.2), in cui sono stati analizzati i contenuti della Strategia energetica nazionale del 2017 e la Memoria a riguardo della precedente autorità di regolazione (l'AEEGSI), sembra proprio che il nuovo schema di decreto FER 1 abbia accolto le indicazioni ivi contenute. Infatti, ricordando come da un lato la Strategia energetica nazionale, nel fissare l'obiettivo nazionale di raggiungimento entro il 2030 di una percentuale di energia prodotta da fonti energetiche rinnovabili pari al 28% sui consumi lordi finali, avesse incentivato l'ampliamento del "...sistema delle aste competitive, utili a promuovere la progressiva riduzione dei costi"³⁷⁹.

Dall'altro, come nella memoria alla Strategia energetica nazionale del 2017 l'Autorità di regolazione (AEEGSI) avesse condiviso il sistema di allocazione degli

³⁷⁷ *Ibid.*

³⁷⁸ *Ivi*, p. 22.

³⁷⁹ *Strategia energetica nazionale 2017*, adottata con decreto interministeriale del 10 novembre 2017 di concerto tra il Ministero dello sviluppo economico e il Ministero dell'ambiente. Cit. p. 79.

incentivi basato su aste competitive “...in quanto da tempo le considera il miglior strumento per accompagnare le rinnovabili a mercato”³⁸⁰; ed anzi ne avesse sollecitato un’applicazione maggiore anche in relazione agli impianti di minor dimensione, a partire da 1 MW di potenza, cosa che di fatto è avvenuta proprio con il nuovo schema di decreto FER 1 del 2018.

3.2.1. Analisi del parere di ARERA sullo schema di decreto FER 1 del 2018.

In questo paragrafo conclusivo verranno analizzate le principali osservazioni allo schema di decreto FER 1 contenute nel recente parere redatto dall’Autorità di regolazione per l’energia, le reti e l’ambiente (d’ora in poi ARERA) nella riunione del 20 novembre 2018³⁸¹. L’Autorità di regolazione sottolinea come il nuovo schema di decreto FER 1 del 2018 costituisca soltanto il primo “...degli strumenti necessari ai fini del raggiungimento degli sfidanti obiettivi al 2030 in materia di incidenza percentuale del consumo finale coperto dalle fonti rinnovabili”³⁸². Come già ricordato, infatti, è senza dubbio necessaria l’introduzione di ulteriori decreti FER che vadano a disciplinare le fonti energetiche rinnovabili che non rientrano nel

³⁸⁰Memoria di AEEGSI n. 664/2017/I/COM intitolata: *Memoria dell’autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico sulla strategia energetica nazionale 2017*, cit. p. 7.

³⁸¹ Si tratta del Parere di ARERA n. 591/2018/I/EFR del 20 novembre 2018, intitolato: *Parere in merito allo schema di decreto interministeriale per l’incentivazione della produzione di energia elettrica da fonti energetiche rinnovabili*. Inoltre sarà analizzato il relativo Allegato A, che per espressa previsione ne costituisce parte integrante. Disponibili entrambi al: <https://www.arera.it/it/docs/18/591-18.htm> (consultato il 28 gennaio 2019).

³⁸²Ivi, p. 3.

campo di applicazione dello schema di decreto FER 1³⁸³. Si tratta di una critica che è emersa anche nel parere, di carattere negativo ma non vincolante, pronunciato dalle Regioni in sede di Conferenza unificata³⁸⁴. Alcune Regioni, infatti, hanno lamentato la mancanza di un effettivo dialogo costruttivo con i Ministeri di riferimento, e ciò avrebbe comportato il rifiuto ministeriale delle proposte regionali volte ad ampliare l'ambito applicativo del decreto FER 1, ad esempio in relazione alle fonti di produzione di energia geotermica³⁸⁵. È stata inoltre contestata diffusamente la riduzione delle tariffe incentivanti riconosciute rispetto al precedente decreto FER, nonché l'eliminazione della possibilità di accesso diretto agli incentivi in relazione agli impianti idroelettrici di piccola dimensione, il c.d. mini-idroelettrico³⁸⁶.

Ritornando all'analisi del parere di ARERA, è da evidenziare come l'Autorità abbia espresso un "generale apprezzamento per gli aspetti migliorativi introdotti nello schema di decreto FER"³⁸⁷. Questo giudizio positivo è determinato sicuramente dal tendenziale accoglimento, nel nuovo schema di decreto FER, delle indicazioni

³⁸³ Rinvio alla nota 369, in cui cito lo schema di decreto FER 1, nella parte in cui viene fornita un'elencazione di fonti energetiche rinnovabili non incluse nel relativo ambito applicativo.

³⁸⁴ Mi riferisco al parere pronunciato dalle regioni, in sede di Conferenza unificata, in merito al nuovo schema di decreto FER 1. Il report dell'udienza è disponibile al : <http://www.regioni.it/conferenze/2018/12/20/20122018-report-591644/> (consultato il 28 gennaio 2019).

³⁸⁵ Cfr. *Energie rinnovabili: Regioni bocciano decreto su incentivi*. Articolo disponibile al : <http://www.regioni.it/newsletter/n-3519/del-20-12-2018/energie-rinnovabili-regioni-bocciano-decreto-su-incentivi-> (consultato il 28 gennaio 2019).

³⁸⁶ Cfr. *Ibid.*

³⁸⁷ Allegato A del parere di ARERA n. 591/2018/I/EFR del 20 novembre 2018, cit. p. 1. Come espressamente previsto nel testo principale del parere l'allegato A ne costituisce parte integrante.

provenienti dalla memoria alla Strategia energetica nazionale del 2017 redatta dalla Autorità di regolazione, nella precedente veste di AEEGSI³⁸⁸. Infatti, l'ARERA ribadisce come l'ampliamento della platea di impianti che possono accedere al meccanismo delle aste competitive, attuata dal nuovo schema di decreto riducendo la potenza minima necessaria di accesso alle aste da 5 MW ad 1 MW, costituisca "lo strumento migliore per favorire la concorrenza fornendo adeguate garanzie sugli investimenti e ridurre in tal modo i costi per i consumatori"³⁸⁹. L'ARERA prosegue il ragionamento evidenziando come il meccanismo concorrenziale delle aste, analogamente a quello di iscrizione ai registri, dovrebbe essere strutturato in modo tale da permettere l'emersione del "costo reale delle rinnovabili, favorendo al contempo le tecnologie più competitive e, pertanto, meno costose per i consumatori"³⁹⁰. In vista del raggiungimento di tale obiettivo, l'Autorità osserva che la strada da intraprendere dovrebbe essere quella di "rimuovere il *floor price*", inteso come "tariffa base fissata nello schema di decreto" per quanto riguarda gli incentivi³⁹¹. Ciò permetterebbe una effettiva convergenza tra "eventuali riduzioni significative di costo legate ad evoluzioni tecnologiche o a particolari situazioni di mercato" e "corrispondenti riduzioni di costo per i consumatori"³⁹². Questa

³⁸⁸ Ricordo nuovamente che dal gennaio 2018 l'Autorità amministrativa indipendente di regolazione del settore dell'energia elettrica ha cambiato denominazione: da Autorità di regolazione dell'energia elettrica, il gas e il sistema idrico (acronimo AEEGSI) ad Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente (acronimo ARERA).

³⁸⁹ *Allegato A* del parere di ARERA. Cit. p. 2. Si tratta del paragrafo 2 dell'allegato intitolato: "Registri e procedure concorsuali per la selezione degli impianti incentivati".

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ *Ibid.*

³⁹² *Ibid.*

osservazione dell’Autorità relativa alla rimozione o quanto meno riduzione del “*floor price*” non è stata presa in considerazione nell’ultima versione dello schema di decreto FER 1 notificata alla Commissione. Viceversa, sono state prese in considerazione, nell’ultima formulazione dello schema inviato a Bruxelles, altre proposte illustrate dall’Autorità. Mi riferisco, in particolare, alla proposta di previa identificazione delle “aree del territorio in cui è possibile realizzare impianti di produzione” e a quella relativa all’adeguamento delle disposizioni dello schema di decreto relative ai Contratti di acquisto di energia pulita a lungo termine³⁹³.

Per quanto riguarda la prima proposta, l’ARERA ha sostenuto che “al fine di favorire uno sviluppo coerente e razionale del settore e di massimizzare la penetrazione delle fonti rinnovabili...sarebbe opportuno avviare delle azioni finalizzate a realizzare studi (e a mantenerli aggiornati) volti ad individuare il miglior mix di fonti rinnovabili in ciascuna area del Paese”³⁹⁴. La proposta dell’Autorità, relativa alla previa identificazione delle aree territoriali su cui costruire gli impianti (da effettuare sulla base di studi aggiornati) ed alla conseguenziale definizione dei contingenti da bandire, si inserisce nel quadro delineato dalla Strategia energetica nazionale del 2017 in relazione ai *Targets* ambiziosi stabiliti per il 2030. Infatti secondo l’Autorità tali obiettivi possono essere realizzati “indirizzando gli operatori a sviluppare iniziative dove esse possono ragionevolmente essere completate in tempi coerenti con gli obiettivi da

³⁹³Schema del decreto interministeriale FER 1 del 2018, relativo all’incentivazione delle fonti energetiche rinnovabili “elettriche”, nell’ultima versione del 23 gennaio 2019. Cit. p. 5.

³⁹⁴ *Allegato A* del parere di ARERA. Cit. p. 3.

raggiungere e minimizzando gli impatti e i costi sul sistema”³⁹⁵. Come anticipato, quest’ultima proposta è stata inserita nell’ultima formulazione dello schema di decreto FER 1, sotto forma di suggerimento da prendere in considerazione nel “piano energia-clima”³⁹⁶. Per quanto riguarda l’ulteriore proposta, relativa all’adeguamento delle disposizioni dello schema di decreto FER relative ai contratti di acquisto di energia rinnovabile a lungo termine (PPA), l’ARERA ha confermato le perplessità già emerse nella memoria alla Strategia energetica nazionale del 2017. L’Autorità, nel ribadire le utilità che potrebbero generare i PPA come strumento di incentivo delle energie rinnovabili, ne sottolinea allo stesso tempo i “rischi rilevanti legati principalmente agli andamenti dei prezzi di mercato nel lungo termine...”³⁹⁷. Inoltre, l’Autorità è critica nei confronti delle modalità con le quali è stata strutturata la “piattaforma di mercato quale quella delineata nello schema di decreto”³⁹⁸. Suggerisce di conseguenza di “promuovere l’incontro bilaterale tra le parti, eventualmente previa manifestazione pubblica...dei produttori interessati a contrattazioni di lungo termine”. Nel nuovo schema di decreto FER, come anticipato, è stata accolta quest’ultima proposta, di adeguamento delle disposizioni sui PPA alle osservazioni formulate dall’Autorità³⁹⁹. In conclusione, l’Autorità ritiene che allo stato attuale “i meccanismi di asta con orizzonti temporali

³⁹⁵Ivi, p. 4.

³⁹⁶ Schema del decreto interministeriale FER 1 del 2018, relativo all’incentivazione delle fonti energetiche rinnovabili “elettriche”, nell’ultima versione del 23 gennaio 2019. Cit. p. 5.

³⁹⁷ *Allegato A* del parere di ARERA. Cit. p. 5.

³⁹⁸ Ivi, p. 6.

³⁹⁹ Schema del decreto interministeriale FER 1 del 2018, relativo all’incentivazione delle fonti energetiche rinnovabili “elettriche”, nell’ultima versione del 23 gennaio 2019. Cit. p. 5.

sufficientemente lunghi (quali quelli gestiti dal GSE), restano verosimilmente il principale strumento per consentire il raggiungimento degli obiettivi sfidanti che il sistema europeo si è posto⁴⁰⁰.

⁴⁰⁰*Allegato A* del parere di ARERA. Cit. p. 6.

CONCLUSIONI

L'analisi comparatistica condotta nelle pagine precedenti tra disciplina australiana e disciplina europea del *procurement* sostenibile ha preso avvio da un caso concreto relativo alla produzione di energia ricavata da fonti rinnovabili. Ciò ha reso immediatamente chiaro che il *procurement*, cioè l'approvvigionamento d'un bene, lavoro o servizio da parte delle amministrazioni pubbliche, possa essere considerato sostenibile solo in presenza di specifiche clausole che esigono da parte degli operatori economici l'adozione di comportamenti corretti sotto il profilo ambientale e sociale. Ne risulta confermata la connessione decisiva tra *procurement* sostenibile e responsabilità sociale delle imprese affermata in dottrina⁴⁰¹. In tal senso, il *procurement* sostenibile è uno strumento giuridico utilizzato dalla pubblica amministrazione allo scopo di governare tanto l'emergenza ecologica quanto le esigenze socio-occupazionali. Ne consegue una disciplina degli appalti pubblici che consenta alle amministrazioni di approvvigionarsi prevalentemente di beni, lavori o servizi che risultino sostenibili tanto dal punto di vista ambientale che dal punto di vista sociale. In tal modo, le amministrazioni pubbliche finiscono per orientare il mercato, incentivando gli imprenditori privati verso la produzione di merci eco-compatibili e al tempo stesso esigendo da coloro che intendono diventare fornitori pubblici requisiti comportamentali conformi alle leggi. Questa declinazione tanto ambientale quanto sociale dei profili di sostenibilità del *procurement* è riscontrabile

⁴⁰¹Cfr. Stephen Brammer – Helen Walker, *Sustainable procurement in the public sector: an international comparative study*, in “International Journal of Operations & Production Management”, Vol. 31, n. 4, 2011 pp. 452-476.

sia nella disciplina australiana che in quella europea, nonostante la storica diversità tra le due culture giuridiche. L'esempio più evidente di questo punto di contatto, che ne rende possibile la comparazione, è la nozione stessa di *value for money*.

Nel contesto australiano infatti, è stato notato come il governo dello Stato di Victoria, dopo aver bandito un'asta pubblica per l'approvvigionamento di energia pulita, individuava come criterio fondamentale di valutazione delle differenti offerte il *value for money*, cioè il rapporto costi-benefici, ma precisava subito che il prezzo non costituiva l'unico fattore nella valutazione di tale rapporto. I funzionari pubblici, al contrario, sono tenuti a prendere in considerazione tutti gli aspetti ambientalmente e socialmente rilevanti di un approvvigionamento, cioè anche i costi non finanziari.

Se volgiamo lo sguardo alle Direttive Europee del 2014, lungamente analizzate nelle pagine precedenti sia nel loro specifico che nella loro trasposizione nell'ordinamento italiano (attuata con il d.lgs. n. 50 del 2016, il nuovo Codice degli appalti), riscontriamo un orientamento analogo, secondo cui il criterio del prezzo più basso è solo residuale rispetto a quello dell'offerta più vantaggiosa in termini complessivi, ciò ne permette considerazioni di carattere qualitativo, tra cui rientrano sicuramente quelle di carattere ambientale e sociale.

Tuttavia una recente comunicazione della Commissione esamina proprio il tema dello scarso utilizzo degli "appalti strategici" e delle potenzialità che di conseguenza rimangono inespresse. Mi riferisco alla comunicazione numero 572

del 2017⁴⁰², in cui la Commissione sottolinea come più della metà degli appalti banditi in Europa venga ancora aggiudicata facendo ricorso al criterio del prezzo più basso. È senza dubbio auspicabile un maggior impiego del criterio dell'offerta più vantaggiosa, in modo da permettere alle amministrazioni l'introduzione nei modelli di gara criteri di carattere qualitativo, come quelli ecologici, di tutela sociale, dell'occupazione e dell'innovazione.

Sul versante delle energie rinnovabili, come sostenuto nella Memoria alla Strategia energetica nazionale del 2017 della (precedente) Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, per comprendere i vantaggi della conversione alle rinnovabili occorre una “una nuova metodologia di analisi costi-benefici (...) che permetta la valorizzazione di un ampio set di benefici (...) compresi i benefici in termini di social welfare”⁴⁰³. Si tratta, in sostanza, della stessa nozione di *value for money* analizzata nel contesto australiano ed europeo del *procurement* sostenibile. In conclusione, possiamo sottolineare come tanto il tema della conversione alle rinnovabili quanto quello del *procurement* sostenibile, per essere compresi nelle relative implicazioni al tempo stesso ambientali e sociali, esigano un'impostazione metodologica orientata alla massimizzazione di interessi di carattere super-individuale, collegati al collettivo benessere futuro dei consociati.

⁴⁰²Comunicazione della Commissione n.572 del 3 ottobre 2017, disponibile al: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/IT/COM-2017-572-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF> (consultato il 10 gennaio 2019).

⁴⁰³*Memoria dell'autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico sulla strategia energetica nazionale 2017*, cit., p. 19.

BIBLIOGRAFIA

ANDRECKA M., *Legal Framework for the Procurement of Public-Private Partnerships – An Australian Perspective in the European Union Context* (January 2015), in “*Scandinavian Studies in Law*”, Vol. 61 *Comparative Law*, pp. 386-408.

ARECCHI L., *La tutela delle esigenze ambientali, sociali ed occupazionali nelle nuove Direttive in materia di contratti pubblici*, 2014, in www.lineavcp.it, pp. 1-14.

BALDI M. – TOMEI R., *La disciplina dei contratti pubblici, Commentario al codice degli appalti*, seconda edizione, IPSOA, 2009, pp. 1-1832

BARCELLONA M., *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato*, in *La società europea. Identità, simboli, politiche*, a cura di Pietro Barcellona, Giappichelli, Torino 2009, pp. 45-68.

BARNARD C., *To Boldly Go: Social Clauses in Public Procurement*, in *Industrial Law Journal*, Vol. 46, n. 2, July 2017, pp. 1-38.

BERTOLINI E.– RANCIO G., *La regolazione della produzione di energia da fonti rinnovabili in Australia*, in *Verso una politica energetica integrata. Le energie rinnovabili nel prisma della comparazione*, a cura di E.A. CARNEVALE, P.

CARROZZA, G. CERRINA FERONI, G.F. FERRARA, G. MORBIDELLI, R. ORRU', Editoriale Scientifica, Napoli 2014, pp. 239-278

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, pp. 1-26

BRAMMER S. – WALKER H., *Sustainable procurement in the public sector: an international comparative study*, in “*International Journal of Operations & Production Management*”, Vol. 31, n. 4, 2011 pp. 452-476.

BRUSCO S., “*Ma cos'è un'asta al contrario?*”, in *La voce.info*, 30 settembre 2008, pp. 1- 4, disponibile al: <https://www.lavoce.info/archives/25179/ma-cose-unasta-al-contrario/>

CARANTA R. – TRYBUS M., *The law of green and social procurement*, in *European procurement law series*, Vol. 2, 2010, pp. 1-330.

CARBONARA L., *Le nuove direttive sui contratti pubblici e la tutela dell'ambiente. I criteri di aggiudicazione*, in www.giustamm.it, 2016, n. 2, pp. 1-9.

CARULLO A. – IUDICA G., *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, CEDAM, Padova, 2009.

CHRISTENSEN J., *Sustainable Procurement in Australia*, in “PASA”, 17 agosto 2016, pp. 1-32.

CLARICH M., *La tutela dell’ambiente attraverso il mercato*, in *Rivista di Diritto pubblico*, 2007, n. 1, pp. 218 e seguenti.

CREPALDI G., *Gli acquisti ecosostenibili nel nuovo codice degli appalti italiano: Considerazioni sul lyfe cycle costing*, in *Revista do direit*, 2016, pp. 1-13.

CUOCOLO L., *Le energie rinnovabili tra Stato e Regioni. Un equilibrio instabile tra mercato, autonomia e ambiente*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 1- 225.

DAVICO L., *Sviluppo sostenibile. Le dimensioni sociali*, Carocci, Roma, 2004.

DE KOKER L., HARWOOD K., *Supplier Integrity Due Diligence in Public Procurement: Limiting the Criminal Risk to Australia*, in “*Sydney Law Review*” 2015, n. 2, pp. 217 e seguenti.

DI GIOVANNI A., *L’ambiente sostenibile nel nuovo codice degli appalti: Green public procurement e certificazioni ambientali*. In, *Il diritto dell’economia*, Vol. 31, n. 95, 2018, pp. 157-180.

FALCIONE M., *Diritto dell'energia. Le fonti rinnovabili e il risparmio energetico*, Barbera Editore, Lavis (TN) 2009, pp. 1-350.

FERRARA L., *Clausole sociali e responsabilità sociale dell'impresa nei contratti pubblici tra diritto interno, europeo e globale*, in www.amministrativamente.it, Fasc. n. 3-4 del 2018, pp. 1-18.

FERRI B., *Il Green public procurement come strumento di sviluppo sostenibile*, in www.AmbienteDiritto.it, 2014, pp. 1-19.

FIDONE G. – MATALUNI F., *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti Pubblici*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2016, n. 3, pp. 4-66.

FIDONE G., *L'integrazione degli interessi ambientali nella disciplina dei contratti pubblici: Il Green Public Procurement*, in *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, a cura di G. F. Cartei, Giappichelli, Torino 2013, pp. 123-177

FIDONE G., *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, pp. 819 e seguenti.

HANCHER F. – WINTERS B. M., *The EU Winter Package. Briefing Paper*, Allen & Overy LLP 2017, disponibile al <http://fsr.eui.eu/wp-content/uploads/The-EU-Winter-Package.pdf>, pp.1-8.

IRTI C., *Gli “appalti verdi” tra pubblico e privato*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2017, pp. 183-210.

KASSIM O. H., *I criteri di sostenibilità energetica e ambientale negli appalti pubblici. L'emersione dell'istituto degli “appalti verdi” nel panorama europeo e nazionale*, www.Italappalti.it , febbraio 2017, pp. 1-37.

LIPARI M., *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Urbanistica e appalti*, n. 1, 2007, pp. 160-180.

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

MANCINI M., *Clima: Australia, -40 % di gas serra entro il 2025 o crisi irreversibile*, in *GreenStyle*, 10 novembre 2014, pp. 1-6, disponibile al <https://www.greenstyle.it/clima-australia-40-di-gas-serra-entro-il-2025-o-crisi-irreversibile-121366.html>

NOTARI A., *Cosa cambia con il Clean energy package?*, Assoelettrica, 9 marzo 2017, pp. 1-4 disponibile al http://www.elettricitafutura.it/public/editor/News/2017/Poyry_Asoelettrica

NOVA A., *Investire in energie rinnovabili. La convenienza finanziaria per le imprese*. Egea, Milano, 2009.

OCCHIENA M., *Norme di gestione ambientale*, in SANDULLI M. A, DENICOTOLIS R., GAROFOLI R. (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, pp. 121-170.

PASTORE B., *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e diritto*, 2003, 1, pp. 5-16.

PARISIO L., *Meccanismi d'asta*, Carocci, Roma, 1999.

PIKE G., DODD A. – WRIGHT K., *Addenda: Further Details on the Victorian Renewable Energy Auction Scheme Released*, Legal Briefings, 31 August 2017, disponibile al: <https://www.herbertsmithfreehills.com/latest-thinking/addenda-further-details-on-the-victorian-renewable-energy-auction-scheme-released>

PRENTICE J., *Making Effective Use of Australia's Natural Resources – The Record of Australian Renewable Energy Law under the Renewable Energy*

(Electricity) Act 2000 /Cth), in *Renewable Energy Law and Policy*, 1, 2011, pp. 5 e seguenti.

QUADRI S., *L'evoluzione della politica energetica comunitaria*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 3, 2011, pp. 839-855.

RUSSO O., *Le clausole sociali: equilibrio competitivo tra tutela sociale ed economica*, in www.amministrativamente.it , n. 5-6, 2017, pp.1-19.

SCHIZZEROTTO F., *I principali provvedimenti europei ed italiani in materia di Green Public Procurement*, in *Rivista giuridica dell'Ambiente*, 2004, pp. 120-166.