

RIVISTA QUADRIMESTRALE
DI
DIRITTO DELL'AMBIENTE

NUMERO 3 - 2023

ANTONIETTA LUPO

*La dimensione ambientale nella contrattazione pubblica: brevi riflessioni
alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*



ISSN 2239-964X

ANTONIETTA LUPO*

La dimensione ambientale nella contrattazione pubblica: brevi riflessioni alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici**

SOMMARIO: 1. *Premessa introduttiva e delimitazione dell'ambito di indagine.* – 2. *La dimensione della sostenibilità ambientale nel d.lgs. n. 36/2003: principio del risultato vs principio dello sviluppo sostenibile?* – 3. *Segue: in particolare, la relativizzazione dell'imperatività dei criteri ambientali minimi.* – 4. *L'integrazione delle variabili ambientali nella disciplina sugli appalti pubblici: la valorizzazione economica delle procedure di gara conformi ai CAM.* – 4.1. *Segue: l'incentivazione verso una maggiore professionalizzazione del personale delle stazioni appaltanti.* – 5. *Considerazioni conclusive*

1. Premessa introduttiva e delimitazione dell'ambito di indagine

Un tema centrale nella ridefinizione in atto del modello europeo di sviluppo è quello del ruolo dell'economia nel garantire la sostenibilità dinanzi alle sfide globali poste dal *climate change* e dalla perdita della biodiversità.

In realtà il tema non è nuovo: già a far data dagli anni Settanta del secolo scorso, a seguito della Conferenza di Stoccolma del 1972 e dell'avvio del Programma ambientale delle Nazioni Unite (UNEP), gli studi¹ sulle dinamiche tra economia e ambiente avevano mostrato l'insostenibilità delle logiche del modello economico neoclassico, portando all'attenzione dei mercati la questione della limitata disponibilità delle risorse naturali e delle deleterie conseguenze di una crescita economica incontrollata.

* Professoressa associata di Diritto amministrativo, Università di Messina. Email: antolupo@unime.it

** Il presente scritto costituisce la rielaborazione, con l'aggiunta di note essenziali, del contributo *La sostenibilità ambientale nel nuovo Codice dei contratti pubblici: prime osservazioni*, elaborato nell'ambito del Gruppo di studio sui contratti pubblici AIPDA e in corso di pubblicazione in F. MANGANARO-N. PAOLANTONIO-F. TIGANO (a cura di), *Un primo sguardo sulla riforma dei contratti pubblici. Profili critici*.

¹ P. BOSI (a cura di), *Corso di scienza delle finanze*, Bologna, 1996, pp. 66 ss.; H.E. DALY, *Beyond Growth: The Economics of Sustainable Development*, Boston, 1996; I. MUSU, *Fallimenti del mercato e dello Stato*, in *Stato e mercato*, 1992, p. 331; A. PETRETTO, *Manuale di economia pubblica*, Bologna, 1987, p. 41.

Non è quindi un caso che, proprio nel momento in cui la questione ambientale si è attestata con maggiore forza nel dibattito pubblico e nell'agenda internazionale, sia emersa l'idea che la variabile ambientale potesse rappresentare un fattore di competitività capace di incidere e condizionare l'efficienza economica del sistema².

L'affermarsi della necessità di un approccio più "costruttivo" fra i valori, entrambi primari, di ambiente e sviluppo, è coevo con la formula dello sviluppo sostenibile.

Elaborato dalla Commissione Mondiale su Ambiente e Sviluppo istituita nel 1983 dalle Nazioni Unite, il principio dello sviluppo sostenibile implica, com'è noto, un dovere di solidarietà ambientale e sociale «posto in capo alle generazioni attuali a garanzia di quelle future, che si configura come l'unico strumento realistico per garantire gli interessi della specie umana»³: è, infatti, considerato sostenibile, secondo la definizione del rapporto *Our Common Future* (convenzionalmente denominato Rapporto Brundtland), «lo sviluppo che risponde ai bisogni del presente senza compromettere la capacità delle generazioni future di rispondere ai loro propri bisogni».

Si tratta di una formula seducente che, a ben guardare, pare configurare la tutela dell'ambiente come *condicio sine qua non* di qualsiasi politica di sviluppo.

Per lungo tempo, tuttavia, l'imperativo della crescita economica ha conferito allo sviluppo la consistenza di valore primario rispetto al quale l'ambiente ha funto da limite o, piuttosto, da fattore di compatibilità.

Partendo dall'idea che la sostenibilità ambientale dovesse essere funzionale alla crescita economica si è ritenuto, pertanto, che lo sviluppo potesse essere limitato nella sola ipotesi in cui assumeva «dimensioni

² M. COCCONI, *Un diritto per l'economia circolare*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, p. 116.

³ F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in F. ASTONE-A. ROMANO TASSONE-F. SAITTA, (a cura di), *Cittadinanza e diritti delle generazioni future*, Soveria Mannelli, 2010, p. 21. Sul principio dello sviluppo sostenibile si veda anche F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile oltre il diritto ambientale*, in *Le Regioni*, 2022, p. 20; ID., *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in M. RENNA-F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 433 ss.; ID., *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010; ID., *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2002, pp. 215 ss.

quantitative o qualitative contrastanti con l'interesse ambiente e con la qualità della vita delle future generazioni»⁴.

Una modificata sensibilità ambientale, sostenuta anche dalle rappresentanze istituzionali, ha successivamente indotto a un cambio di paradigma improntato alla sinergia tra le due polarità, nella convinzione che il valore ambiente potesse essere «non solo compatibile con lo sviluppo», ma anche fungere da «volano per la ripresa economica, da molto tempo stagnante, e per un nuovo tipo di sviluppo»⁵.

La qualificazione del nuovo paradigma è stata quella della cd. *green economy* al cui interno si pone la *circular economy*⁶, elemento centrale del processo di transizione verde intrapreso da tempo dall'Unione europea⁷ e oggi declinato nel *Green Deal europeo*⁸, nel piano *Next Generation UE* e, a livello nazionale, nel PNRR e nella Strategia Nazionale per l'Economia Circolare adottata con D.M. 24 giugno 2022, n. 259.

⁴ G. ROSSI, *La "materializzazione" dell'interesse all'ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2017, p. 19.

⁵ Id., *Dallo sviluppo sostenibile all'ambiente per lo sviluppo*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2020, p. 10.

⁶ Cfr., ad es., F. DE LEONARDIS (a cura di), *Studi in tema di economia circolare*, Macerata, 2019 ove i contributi di F. DE LEONARDIS, *Il futuro del diritto ambientale: il sogno dell'economia circolare*, p. 11; R. FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, p. 39; S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, p. 75; E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, p. 526.

⁷ A titolo meramente esemplificativo cfr. Commissione europea, Comunicazione «*Verso un'economia circolare: programma per un'Europa a zero rifiuti*», COM (2014), 398; Commissione europea, Comunicazione «*Tabella di marcia verso un'Europa efficiente nell'impiego delle risorse*», COM (2011), 571; Commissione europea, Comunicazione «*Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva*», COM (2020) 98. Con specifico riferimento al settore degli appalti pubblici cfr. Commissione europea, Comunicazione interpretativa «*Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*», COM (2001), 274; Commissione europea, Comunicazione, «*Politica integrata dei prodotti. Sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale*», COM (2003), 302; Commissione europea, Comunicazione, «*Appalti pubblici per un ambiente migliore*», COM (2008), 400; Commissione europea, Comunicazione «*Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa*», COM (2017), 572; Commissione europea, Comunicazione, «*Europa 2020 - Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*», COM (2010), 2020.

⁸ Commissione europea, Comunicazione «*Il Green Deal Europeo*», COM (2019), 640, a cui è seguito il «*Piano di investimenti per un'Europa sostenibile. Piano di investimenti del Green Deal europeo*», COM (2020), 21.

Ambito privilegiato di applicazione dell'economia circolare è il settore degli approvvigionamenti pubblici.

Il motivo di tale preferenza risiede nella maturata consapevolezza che l'acquisizione di beni e servizi pubblici possa costituire un utile strumento strategico di politica economica⁹ per orientare il mercato verso la promozione di modelli di produzione e consumo più sostenibili. Gli approvvigionamenti pubblici, difatti, svolgono un ruolo importante nelle economie degli Stati membri, generando mediamente il 16% del PIL dell'Unione.

È evidente, pertanto, che una domanda pubblica sempre più "ambientalmente compatibile" possa «fungere da traino nel processo di gestione ecologica»¹⁰ e contribuire, in una prospettiva di ampio raggio, ad una importante trasformazione del mercato.

Questa funzionalizzazione dei contratti pubblici (anche) al perseguimento degli obiettivi strategici di sostenibilità ambientale sembra emergere con chiarezza nell'ordito del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) che, coerentemente con i criteri contenuti nella legge delega n. 78/2022, dedica all'integrazione delle variabili ambientali (e sociali) in ogni fase del procedimento di acquisto pubblico alcune disposizioni di dettaglio.

È da dire tuttavia che, pur operando tendenzialmente nel solco tracciato dalla normativa europea¹¹ e dalla previgente disciplina nazionale di settore, il d.lgs. n. 36/2023 sembra, ad una prima analisi, segnare un passo indietro rispetto alla logica (ben sintetizzata negli artt. 4 e 30, d.lgs. n. 50/2016) che, ormai da diversi anni, tende ad "elevare" la tutela dell'ambiente a principio fondamentale della materia dei contratti pubblici¹². Si noti, infatti, che tra le disposizioni dedicate ai principi non vi sia alcun riferimento esplicito al

⁹ Cfr. F. FRACCHIA-P. PANTALONE, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'Agenda ONU 2030*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2022, 243 ss.; F. DE LEONARDIS, *L'uso strategico della contrattazione pubblica: tra GPP e obbligatorietà dei CAM*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2020, pp. 62 ss.; A. CROSETTI-R. FERRARA-F. FRACCHIA-N. OLIVETTI, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Roma-Bari, 2018, pp. 208-209; A. FARÌ, *L'uso strategico dei contratti pubblici*, in M. CAFAGNO-F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2016, pp. 441 ss.

¹⁰ Commissione Europea, Comunicazione «Libro verde sulla politica integrata relativa ai prodotti», COM (2001), 68, punto 4.2.2.

¹¹ Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

¹² In questi termini A. DI GIOVANNI, *L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti: green public procurement e certificazioni ambientali*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, p. 170; G. FIDONE-F. MATALUNI, *Gli appalti verdi nel Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2016, pp. 40 ss.

principio dello sviluppo sostenibile e alla tutela ambientale nonostante essi, com'è stato di recente evidenziato, abbiano ormai «una valenza orizzontale di “carattere generale”, ovvero che non risulta circoscritta al settore dei contratti pubblici, essendo ai medesimi attribuito un ruolo chiave in svariate politiche e normative eurounitarie»¹³.

Poste queste premesse, si proverà quindi a valutare, attraverso l'analisi della nuova disciplina codicistica sulle cd. clausole verdi, la rilevanza e il grado di effettiva tutela oggi accordate alla dimensione ambientale nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

2. La dimensione della sostenibilità ambientale nel d.lgs. n. 36/2003: principio del risultato vs principio dello sviluppo sostenibile?

Com'è a tutti noto, originariamente la tematica della contrattualistica pubblica e quella della tutela dell'ambiente non hanno avuto molti punti di contatto, né in termini di disciplina, né in termini di tutela¹⁴. Nel contesto di un assetto concorrenziale dei mercati si temeva, infatti, che l'inserimento di “clausole verdi” nelle procedure di evidenza pubblica (traducendosi in maggiori oneri per l'operatore economico) potesse ledere i principi della libera concorrenza e del *favor participationis*¹⁵.

Nello scenario europeo, la necessità di armonizzare la tutela del libero mercato con una politica ambientale e sociale è maturata, solo a partire dal Libro Verde sugli appalti pubblici del 1996¹⁶ (cui seguirà il Libro Bianco del 1998¹⁷), ove già si leggeva: «un altro obiettivo complementare è far sì che i committenti facciano un miglior uso degli appalti pubblici a sostegno di

¹³ A. MALTONI, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio “mandatory-rigido” ad uno di tipo “funzionale”?*, in *Ceridap – Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, 2023, § 5.

¹⁴ G. QUINTO, *Le variabili ambientali nella disciplina degli appalti pubblici. Storia di un difficile equilibrio tra tutela dell'ambiente e promozione dello sviluppo economico*, in www.ambientediritto.it, 2020, p. 1.

¹⁵ A. FARI-F. LOMBARDO, *I criteri ambientali nel diritto comunitario degli appalti pubblici*, in *Dir. e prat. amm.*, 2013, p. 9; G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2012, p. 819.

¹⁶ Commissione europea, Comunicazione «*Libro Verde. Gli appalti pubblici nell'Unione Europea. Spunti di riflessione per il futuro*», COM (1996), 583.

¹⁷ Commissione europea, Comunicazione «*Libro bianco. Gli appalti pubblici nell'Unione Europea*», COM (1998), 143.

obiettivi sociali comuni: fra questi la tutela dell'ambiente, una maggiore efficienza energetica e sotto il profilo delle risorse, la lotta contro i cambiamenti climatici, la promozione dell'innovazione e dell'inclusione sociale».

Da qui il lento (ma progressivo) spostamento del baricentro dalle logiche economiche e concorrenziali alla logica della promozione dello sviluppo sostenibile.

L'idea della funzionalizzazione dei contratti pubblici al perseguimento degli obiettivi di tutela ambientale ha cominciato a consolidarsi con le direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE¹⁸, le quali hanno riconosciuto, per la prima volta, esplicitamente la necessità di integrare le esigenze connesse alla protezione dell'ambiente con i meccanismi tipici del mercato concorrenziale «nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile» (Considerando § 5), decifrando in misure concrete il diritto di tutela dell'ambiente attraverso l'indicazione di rigorosi criteri per le eco-etichettature, per i sistemi di gestione ambientale e per le cause di esclusione nelle ipotesi di reati ambientali accertati con sentenza passata in giudicato.

L'evoluzione fin qui delineata ha preso ulteriore forma nelle successive direttive del 2014 e, in particolare, nella direttiva n. 24 (c.d. "direttiva appalti") la quale, nel ribadire l'effettività nell'ordinamento giuridico europeo delle politiche ecologiche previste già dal Trattato di Maastricht (ora art. 11 TFUE), ha puntualizzato le modalità attraverso cui «le amministrazioni aggiudicatrici possono contribuire alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile» (Considerando § 91), specificando che «Nessuna disposizione della presente direttiva dovrebbe vietare di imporre o di applicare misure necessarie alla tutela (...) della vita umana e animale o alla preservazione dei vegetali o altre misure ambientali in particolare nell'ottica dello sviluppo sostenibile, a condizione che dette misure siano conformi al TFUE» (Considerando § 41).

Al pari del diritto europeo, anche quello nazionale ha riconosciuto allo sviluppo sostenibile «il nuovo ruolo di principio cardine dell'intera vita dell'ordinamento giuridico»¹⁹ e, nell'ambito dei contratti pubblici, il ruolo di

¹⁸ Nonostante l'apertura verso politiche di sostenibilità ambientale, tuttavia, le direttive del 2004 escludevano qualsiasi forma di sovraordinazione dell'interesse ambientale perseguibile attraverso meccanismi tipici del mercato concorrenziale, nel rispetto dei principi di libera concorrenza e di non discriminazione. Sul tema cfr. M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Torino, 2007; M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2007, pp. 219 ss.; N. LUGARESI, *Diritto dell'ambiente*, Padova, 2015.

¹⁹ G. FIDONE-F. MATALUNI, *Gli appalti verdi nel Codice dei contratti pubblici*, cit., p. 21.

criterio ispiratore e applicativo delle norme di settore. Paradigmatico è, sotto questo profilo, il parziale “arretramento” del principio di economicità di fronte alle istanze di tutela dell’ambiente operato, dapprima dall’art. 2, comma 2, d.lgs. n. 163/2006 e, successivamente, dagli artt. 4 e 30, d.lgs. n. 50/2016.

In questo contesto normativo si inserisce il nuovo Codice dei contratti pubblici, il quale, discostandosi dall’impostazione seguita dalla disciplina previgente, non prevede – in sede di rappresentazione dei principi generali – alcun riferimento al principio dello sviluppo sostenibile, né alla possibile subordinazione del principio di economicità ad altre esigenze non strettamente funzionali alla disciplina dei contratti pubblici e, conseguentemente, al bilanciamento tra economicità e criteri ambientali e alla prevalenza dell’uno e/o dell’altro.

Per comprendere la *ratio* di tale “innovazione normativa” occorre fare riferimento al principio del risultato²⁰, enunciato nell’art. 1, d.lgs. n. 36/2023, che rappresenta uno dei «criteri di interpretazione delle altre norme del Codice»²¹.

Detto principio – sintetizzato nell’affidamento del contratto e nella sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile qualità/prezzo – rappresenta la finalità principale a cui le stazioni appaltanti devono oggi tendere nell’esercizio della loro attività. Nel settore dei contratti pubblici esso costituisce attuazione del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità.

Se dunque, nell’ottica del legislatore, il principio di economicità è fine da perseguire e parametro di verifica della “correttezza” – sotto il profilo del risultato – dell’azione amministrativa (*rectius* dell’affidamento e della realizzazione tempestiva dei contratti pubblici), esso ragionevolmente non potrà essere “relativizzato”, né potrà essere subordinato ad altri fini pubblici (seppur

²⁰ In argomento cfr. F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023; G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato* (Relazione al Convegno su: «Il nuovo codice degli appalti – La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano?» - Roma, 27 gennaio 2023), in www.astrid-online.it, § 2; S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in www.lamministrativista.it, 2 gennaio 2023; F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in <https://www.giustiziainsieme.it>, 2023.

²¹ Cons. St., relazione del 7 dicembre 2022, in www.giustizia-amministrativa.it.

ritenuti apprezzabili), tra i quali la protezione dell'ambiente e la promozione dell'efficienza energetica.

La "propensione" verso il risultato, in altri termini, sfata l'idea della tutela ambientale quale principio fondamentale della materia dei contratti pubblici, «tale che la sua attuazione possa prevalere anche sulle esigenze di economicità»²².

Coerente con questa mutata prospettiva è la disposizione contenuta nel comma 4 dell'art. 1, secondo cui il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto.

L'utilizzo della formula "criterio prioritario" induce ragionevolmente a ritenere che il bilanciamento tra interessi pubblici economici ed altre istanze pubblicistiche meritevoli di tutela, ivi comprese le esigenze sociali e la tutela della salute e dell'ambiente, non potrà operarsi (come avveniva durante la vigenza del d.lgs. n. 50/2016) conformemente al principio dello sviluppo sostenibile, ma dovrà essere condotto alla luce del principio del risultato e dei dogmi di cui esso è traduzione ed attuazione, ovverosia buon andamento, economicità, efficienza ed efficacia.

Rebus sic stantibus, d'ora in avanti, l'amministrazione aggiudicatrice avrà l'onere di esplicitare caso per caso, in conformità a detti criteri, il *modus procedendi* ottimale e di giustificare la razionalità e/o convenienza (soprattutto economica, stante il riferimento al miglior rapporto possibile qualità/prezzo di cui all'art. 1, comma 1) delle proprie scelte ecosostenibili.

Quanto appena osservato indurrebbe a ipotizzare un arretramento del valore della tutela ambientale dinnanzi all'interesse alla realizzazione dell'opera pubblica, all'espletamento del servizio, al conseguimento della fornitura e, quindi, al raggiungimento del risultato.

Vale, però, puntualizzare che – ai sensi dell'art. 1 del Codice – il principio del risultato deve essere perseguito «nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea».

Il riferimento a detti parametri preventivi di identificazione del risultato (con i quali le amministrazioni possono confrontarsi e sulla base dei quali

²² G. FIDONE-F. MATALUNI, *Gli appalti verdi nel Codice dei contratti pubblici*, cit., pp. 40 ss.

l'interprete può verificare la legittimità dell'*agere* amministrativo²³) induce a ipotizzare che, nell'attuale impianto codicistico, le esigenze ambientali trovino comunque occasione di valorizzazione nei limiti in cui risultino proiettate verso il raggiungimento del risultato dell'interesse della collettività e degli obiettivi europei.

In altri termini, pur restando fondamentale canone dell'*agere* amministrativo nello specifico settore, la sostenibilità ambientale sembra assumere una valenza quasi servente, essendo (al pari della concorrenza e della trasparenza) funzionalizzata alla logica del risultato.

3. Segue: in particolare, la relativizzazione dell'imperatività dei criteri ambientali minimi.

L'art. 57, comma 2, rubricato "Clasole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale", costituisce la norma cardine in tema di tutela ambientale e di efficienza energetica.

Con formulazione non dissimile al previgente art. 34, d.lgs. n. 50/2016, il citato articolo conferma l'obbligatorietà della contrattazione verde, attraverso il doveroso inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi (d'ora in avanti, CAM) «definiti per specifiche categorie di appalti e concessioni» e «differenziati, ove tecnicamente opportuno, anche in base al valore dell'appalto o della concessione» con decreto del MASE²⁴.

Tale onere è da ritenersi applicabile agli affidamenti di qualunque importo, sebbene la disposizione non ne faccia esplicita menzione. Considerato, infatti, che l'art. 57 trova collocazione nella Parte II del Libro II dedicata agli istituti e alle clausole comuni contenenti «disposizioni trasversali, tra esse

²³ Su questi profili si veda A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, pp. 813 ss.; ID., *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO-A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, pp. 1 ss.

²⁴ Nell'ottica dell'obbligatorietà dei CAM si pongono, altresì, l'art. 107 (Principi generali in materia di selezione), il quale legittima la non aggiudicazione dell'appalto all'offerente che abbia presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa qualora si accerti che detta offerta non soddisfi gli obblighi in materia ambientale stabiliti dalla normativa europea e nazionale e l'art. 110, comma 5 (Offerte anormalmente basse), il quale consente alle stazioni appaltanti – nelle procedure sopra soglia comunitaria – di escludere l'offerta anormalmente bassa che non rispetti i vincoli in materia ambientale stabiliti dalla normativa europea e nazionale.

eterogenee e comuni all'appalto», aventi la caratteristica di «comune denominatore»²⁵, è da ritenersi che il dovere di contribuire al conseguimento degli obiettivi ambientali sia riferibile (salvo specifiche previsioni) anche ai casi di affidamento di contratti di lavori, servizi e forniture sottosoglia.

In tal senso pare deporre, peraltro, il successivo art. 48, comma 3 laddove, nel disporre espressamente che «ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si applicano, se non derogate (...) le disposizioni del codice», indurrebbe a ritenere che anche a tali contratti siano necessariamente applicabili le norme di portata generale (tra le quali, appunto, l'art. 57) e quelle contenute negli allegati a cui tali norme del Codice fanno espresso richiamo.

L'imperatività dei CAM non sembrerebbe operare, invece, con riguardo agli affidamenti *in house*, la cui procedura sconta il diverso e peculiare criterio applicativo contenuto nell'art. 7, comma 2 sotto il profilo specifico e caratterizzante dell'onere motivazionale che oggi risulta “semplificato” e prevalentemente incentrato su ragioni che diano conto dei vantaggi conseguibili dalla collettività in termini di economicità, celerità e perseguimento degli interessi strategici²⁶.

Considerato che l'obbligatorietà dei CAM persegue il fine di garantire che la politica nazionale in materia di appalti pubblici verdi sia incisiva nell'obiettivo del conseguimento della transizione ecologica del nostro Paese (oltre che nell'obiettivo della circolarità dei consumi della pubblica amministrazione, anche alla luce delle indicazioni provenienti dall'Unione europea), si auspicava che il legislatore delegato estendesse il rispetto delle clausole ambientali anche alle società *in house*.

Vero è che l'art. 2, direttiva n. 2014/23/UE e il Considerando § 5, direttiva n. 2014/24/UE sanciscono il rilievo del principio di auto-organizzazione amministrativa (o meglio di “libera amministrazione”), secondo cui le autorità nazionali «scelgono autonomamente di organizzare l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi» al fine di garantire un elevato livello

²⁵ Cons. St., relazione del 7 dicembre 2022, cit..

²⁶ In argomento M. TIBERII, *L'auto organizzazione e l'in house providing nel nuovo Codice*, in F. MANGANARO-N. PAOLANTONIO-F. TIGANO (a cura di), *Un primo sguardo sulla riforma dei contratti pubblici. Profili critici*, cit., in corso di pubblicazione; M. TIBERII, *Il fondamento normativo o consensuale dell'in house providing. Note a margine del nuovo Codice e del PNRR*, in www.amministrativamente.com, 2023.

di qualità, sicurezza e accessibilità così come la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici.

Al contempo, però, non può non evidenziarsi come tale libertà non sia illimitata, dovendo essere esercitata nel rispetto delle regole fondamentali del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, tra le quali certamente è da annoverarsi l'obbligo di integrazione della tutela ambientale che promuove una protezione trasversale dell'ambiente, imponendone la considerazione anche rispetto ad attività non immediatamente funzionali ad essa.

Ciò, peraltro, trova conferma sia negli artt. 9 e 41, commi 2 e 3 Cost., sia in numerose disposizioni settoriali (tra le quali l'art. 3-*quater*, d.lgs. 152/2006, secondo cui «la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali (...) deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private»), sia ancora, da ultimo, nel Dispositivo per la ripresa e la resilienza (Regolamento UE 2021/241), il quale impone in capo a ciascuna amministrazione titolare di risorse comunitarie destinate all'attuazione del PNRR l'adozione di criteri ambientali conformi al principio del “*Do No Significant Harm*”(DNSH).

4. *L'integrazione delle variabili ambientali nella disciplina sugli appalti pubblici: la valorizzazione economica delle procedure di gara conformi ai CAM.*

La confermata obbligatorietà della contrattazione “verde” di cui si è già detto va di pari passo con una importante novità: la valorizzazione, sotto il profilo economico, delle procedure di affidamento di appalti e concessioni conformi ai CAM.

La prescrizione normativa non risulta, però, piana ad una prima lettura.

In particolare, non risulta chiaro cosa debba intendersi con l'espressione «valorizzare economicamente le procedure (...) conformi ai criteri ambientali minimi» (atteso che – se i CAM sono obbligatori – essi debbono già essere considerati nel quadro esigenziale della pubblica amministrazione di cui all'allegato I.7, oltre che nei documenti di gara) e, soprattutto, attraverso quali strumenti e con quali modalità debba attuarsi questa “eventuale e ulteriore” valorizzazione.

In assenza di chiarimenti esplicativi (la relazione al Codice, infatti, si sofferma unicamente sulle cd. clausole sociali), si potrebbe ritenere che la scelta

del legislatore delegato sia stata quella di sollecitare l'applicazione dei CAM nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità, positivizzando gli approdi giurisprudenziali in tema di considerazione del costo dei CAM nella definizione del prezzo da valutare come base d'asta.

Come si ricorderà, in passato, si era sollevata qualche perplessità in merito all'inserimento dei CAM nella documentazione progettuale e di gara, ritenendosi che le clausole ambientali, richiedendo apprezzabili sforzi di adeguamento ed investimenti economici, potessero avere portata escludente soprattutto per le micro e piccole imprese.

Al fine di consentire agli operatori economici la presentazione di una proposta concreta e realistica e di evitare, conseguentemente, alterazioni della concorrenza tra imprese, la giurisprudenza²⁷ aveva, quindi, ritenuto necessaria la considerazione del costo dei CAM nella definizione della base d'asta, imputando in capo alla stazione appaltante un vero e proprio obbligo di quantificare, nel modo più preciso e appropriato possibile, il costo di approvvigionamento dei quantitativi richiesti di materie prime e i costi relativi ai servizi pretesi dai bandi. E, ciò nonostante, la riconosciuta possibile esistenza di carenze informative riguardanti sia le specifiche categorie merceologiche, sia la disponibilità di dati precisi a livello territoriale disaggregato (per regione).

Il Codice, dunque, pare riprendere questi esiti giurisprudenziali, ponendosi in linea di continuità con il principio di accesso al mercato *ex art. 3*, il quale – nell'ottica del legislatore – «risponde all'esigenza di garantire la conservazione e l'implementazione di un mercato concorrenziale, idoneo ad assicurare agli operatori economici pari opportunità di partecipazione e, quindi, di accesso alle procedure ad evidenza pubblica destinate all'affidamento di contratti pubblici».

Tale chiave di lettura sembra trovare sostegno nelle recenti previsioni del Piano d'azione nazionale per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione - PAN 2023 che, nel richiamare esplicitamente i prezzi di mercato ed i prezziari regionali per la determinazione degli importi a base d'asta «più appropriati in funzione dell'oggetto

²⁷ *Ex plurimis* Cons. St., sez. V, 27 novembre 2019, n. 8088, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., 24 settembre 2019, n. 6355, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., 28 settembre 2020, n. 5634, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. IV, 2 ottobre 2021, n. 7093, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. V, 3 febbraio 2021, n. 972, in www.ambientediritto.it.

dell'appalto», suggerisce l'applicazione di «formule di aggiudicazione e un numero di criteri premianti» utili a far sì che siano appunto assicurati «congrui corrispettivi nelle commesse pubbliche, al fine di attrarre i migliori operatori economici, ottenere i migliori servizi o lavori e non ostacolare i percorsi di qualificazione delle imprese che operano stabilmente con il settore pubblico»²⁸.

Sotto altro profilo, non pare possa comunque escludersi che la novella legislativa intenda incentivare l'inserimento di parametri ambientali diversi e/o aggiuntivi rispetto ai CAM obbligatori già oggetto di appositi decreti ministeriali, come peraltro suggerito dal citato PAN 2023 laddove specifica che «I criteri individuati nell'ambito del presente Piano d'azione, ancorché divenuti obbligatori, non pregiudicano la possibilità di introdurre ulteriori o più avanzati criteri ambientali a valle di adeguate valutazioni tecniche e di mercato, né di adottare soluzioni alternative per soddisfare i fabbisogni approcciati dai CAM, se da tali soluzioni alternative risultino maggiori benefici ambientali, né è pregiudicata la possibilità di applicare criteri ambientali su categorie di appalto non ancora oggetto di CAM» (§ 3.3).

4.1. *Segue: l'incentivazione verso una maggiore professionalizzazione del personale delle stazioni appaltanti.*

Com'è risaputo, gli appalti verdi sono procedure complesse che richiedono adeguate capacità tecniche sia nell'individuazione dei beni ecosostenibili, sia nella conduzione delle diverse fasi della gara di evidenza pubblica in cui sono presenti variabili ambientali²⁹.

Basti pensare, a titolo meramente esemplificativo, alla fase di verifica di conformità ai CAM dei beni e servizi offerti nell'ipotesi in cui detti criteri non trovino nel possesso di una specifica etichetta la prova della loro rispondenza, o ancora alla fase di valutazione della migliore offerta implicante una quantificazione monetaria del costo del ciclo di vita e delle esternalità ambientali.

Non sempre, tuttavia, le amministrazioni dispongono di professionalità interne in grado di individuare la soluzione progettuale migliore sotto il profilo

²⁸ Decreto 3 agosto 2023 del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica, in *Gazz. uff.*, 19 agosto 2023, n. 193, § 4.

²⁹ S. D. SÖNNICHSEN-J. CLEMENT, *Review of green and sustainable public procurement: Towards circular public procurement*, in *Journal of Cleaner Production*, 2020, 10 ss.

economico-ambientale, per via di un fisiologico *deficit* organizzativo e di competenze tecniche specifiche.

Questa carenza di professionalità non è priva di conseguenze.

Determinando, infatti, una «asimmetria informativa a danno della parte pubblica» essa può comportare un'inefficiente allocazione delle risorse pubbliche laddove l'operatore economico – «di regola più informato sui servizi e lavori che egli stesso offre rispetto all'amministrazione che li domanda»³⁰ – sfruttando la propria maggiore conoscenza del mercato, riesca a contrattare condizioni di aggiudicazione più vantaggiose³¹ o ancora laddove la stazione appaltante sia costretta a ricorrere a professionalità esterne.

Fino all'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti, purtroppo, questo aspetto non ha trovato la giusta valorizzazione, sebbene già l'art. 38, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 avesse introdotto un sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza.

Acquisita la consapevolezza che un'efficace implementazione del *green public procurement* necessiti, non solo di regole chiare e realisticamente applicabili, ma soprattutto di un'adeguata professionalizzazione del personale delle stazioni appaltanti, il Codice incoraggia il rafforzamento delle competenze tecniche in materia di appalti sostenibili, orientando le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti concedenti ad adottare piani di formazione «per il personale che svolge funzioni relative alle procedure in materia di acquisti di lavori, servizi e forniture» (art. 15, comma 7).

L'incentivazione verso una maggiore professionalizzazione del personale delle stazioni appaltanti è, altresì, promossa in sede di determinazione dei criteri per l'attribuzione di “incentivi alle funzioni tecniche”.

Nel chiaro intento «di stimolare, attraverso la corretta erogazione degli incentivi, l'incremento delle professionalità interne all'amministrazione e il risparmio di spesa per mancato ricorso a professionisti esterni»³², il Codice

³⁰ Così G. FIDONE-F. MATALUNI, *Gli appalti verdi nel Codice dei contratti pubblici*, cit., pp. 61-62.

³¹ In argomento cfr. G. FIDONE, *Aspetti giuridici della finanza di progetto*, Roma, 2006. Uno studio condotto, nel 2008, dagli economisti italiani O. BANDIERA-A. PRAT-T. VALLETTI, *Active and Passive Waste in Government Spending: Evidence from a Policy Experiment*, in *American Economic Review*, 2009, pp. 1278-1308 ha dimostrato che la mancanza di competenze professionali in materia di appalti sia un problema ancora più grave della corruzione, posto che – tra le risorse sprecate negli approvvigionamenti pubblici – l'83% dipende dalla mancanza di professionalizzazione e incentivi e solo il 17% è imputabile alla corruzione.

³² Cons. St., relazione del 7 dicembre 2022, cit.

prevede, infatti, che una quota delle risorse finanziarie nella disponibilità delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti sia obbligatoriamente utilizzata «per la specializzazione del personale che svolge funzioni tecniche» (art. 45, comma 7).

Deve, tuttavia, rilevarsi che l'attribuzione e la ripartizione di tali incentivi economici siano strettamente connesse al principio del risultato che, ai sensi dell'art. 1, comma 4, lett. b), funge da criterio applicativo della disciplina di riferimento.

5. Considerazioni conclusive

Dalla pur sommaria e certamente non esaustiva analisi condotta emerge un *corpus* normativo ricco di novità alcune delle quali, a nostro avviso, non pienamente condivisibili e, soprattutto, non conciliabili con la logica dell'economia circolare.

Pur dimostrando un approccio orientato alla tutela trasversale dell'ambiente (oltre che di una pluralità di interessi quali quelli sociali, all'innovazione e al risparmio energetico), invero, le nuove disposizioni codicistiche si inseriscono in un contesto chiaramente proiettato verso il prioritario obiettivo del risultato, vale a dire dell'affidamento e dell'esecuzione del contratto con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo.

Come ben specificato nella relazione al Codice l'intento è, infatti, perseguire non «“un risultato purché sia”, ma un risultato “virtuoso”, che accresca la qualità, diminuisca i costi, aumenti la produttività».

In sostanza, il risultato a cui ambisce il Codice presuppone «un *quid* ben preciso»³³ e cioè il perseguimento dell'«efficienza economica»³⁴.

È probabilmente per tale ragione che il legislatore delegato, orientato anche dal principio della fiducia³⁵, ha preferito non consentire alcuna deroga al principio di economicità e accentuare e incoraggiare invece «lo spazio

³³ F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., § 5.

³⁴ A. CIOFFI, *Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali*, in www.apertacontrada.it, 16 gennaio 2023, § 2.1.

³⁵ C. PAGLIARIN, *Brevi osservazioni sul principio della fiducia nel codice dei contratti*, in F. MANGANARO, N. PAOLANTONIO, F. TIGANO (a cura di), *Un primo sguardo sulla riforma dei contratti pubblici. Profili critici*, cit., in corso di pubblicazione.

valutativo e i poteri di iniziativa delle stazioni appaltanti»³⁶, chiamandole a bilanciare di volta in volta la tutela dell'ambiente con l'interesse espresso dalle logiche economiche.

Sotto questo profilo, tuttavia, la scelta adottata dal Codice non pare pienamente conforme al modello economico dell'economia circolare che, diversamente da quello dell'economia sociale di mercato, presuppone un approccio olistico fondato sull'integrazione e non già sul bilanciamento tra i valori di ambiente e sviluppo economico³⁷.

Sotto altro aspetto, poi, non v'è dubbio che una simile soluzione debba fare i conti con l'atteggiamento delle amministrazioni, come noto, «tradizionalmente restie a mutare il loro *modus procedendi* se non imposto direttamente da una norma, soprattutto laddove si richieda (...) un approccio ancora più attento e complesso a livello tecnico»³⁸.

Quello che si vuol sottolineare è che, in mancanza di una esplicita legittimazione normativa, difficilmente l'amministrazione si determinerà ad adottare scelte ambientalmente sostenibili anche a scapito dell'economicità della commessa³⁹. E ciò anche in considerazione del fatto che, se da un lato, il Codice sembra valorizzare l'iniziativa e l'autonomia decisionale delle stazioni appaltanti, dall'altro, tende comunque a connettere le valutazioni discrezionali dell'amministrazione all'acquisizione e all'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato (art. 2, comma 2).

Per concludere, considerata l'ampiezza dell'oggetto della delega, *ex art.* 1, lett. f) della legge n. 78/2022, che annoverava tra gli obiettivi da perseguire la «semplificazione delle procedure finalizzate alla realizzazione di investimenti in

³⁶ Così testualmente nella Relazione al Codice.

³⁷ Non a caso, il Piano nazionale per la Transizione ecologica, approvato dal Comitato Interministeriale per la Transizione ecologica con delibera dell'8 marzo 2022, si sviluppa secondo un approccio sistemico, «caratterizzato da una visione olistica e integrata, che include la conservazione della biodiversità e la preservazione dei servizi ecosistemici, integrando la salute e l'economia e perseguendo la qualità della vita e l'equità sociale».

³⁸ S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche sostenibilità, economicità*, cit., p. 102.

³⁹ R. LEONARDI, *La tutela dell'interesse ambientale tra procedimenti, dissensi e silenzi*, in F. G. COCA, (a cura di), *Nuovi problemi di amministrazione pubblica*, Torino, 2020, p. 268, sottolinea che «una deroga al principio di economicità per l'applicazione del principio dello sviluppo sostenibile comporta una spesa maggiore per gli amministratori, con il vantaggio, al contempo di un miglioramento della qualità ambientale di migliori condizioni di vita delle popolazioni presenti e future». Analogamente, M. CALABRÒ, *Le certificazioni di qualità ambientale di prodotto quali fattori di competitività per il made in Italy*, in *Foro amm. Tar*, 2009, pp. 2639 ss.

tecnologie verdi e digitali (...), anche al fine di conseguire gli obiettivi dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile (...) e di incrementare il grado di ecosostenibilità degli investimenti pubblici e delle attività economiche secondo i criteri di cui al regolamento (UE) 2020/852», ci si sarebbe aspettati dal legislatore «una diversa (e forse più coraggiosa) considerazione del principio dello sviluppo sostenibile, o meglio della sostenibilità intesa nelle sue varie accezioni con riferimento tanto alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, quanto all'esecuzione dei medesimi»⁴⁰.

Ma, come riconosciuto dallo stesso legislatore, «la legge, anche se riordinata e semplificata grazie a un codice, è un elemento necessario ma non sufficiente per una riforma di successo, giacché tutte le riforme iniziano “dopo” la loro pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale e si realizzano soltanto se le norme sono effettivamente attuate “in concreto”».

Sicché, in attesa di eventuali interventi correttivi (che verosimilmente saranno adottati anche alla luce delle nuove direttive europee in materia di appalti che verranno pubblicate nel 2024), non resta che affidarsi alla sensibilità degli operatori pratici, nella speranza che, com'è stato recentemente auspicato, possano promuovere la sostenibilità ambientale «mediante l'individuazione di obiettivi di risultato che richiedano agli operatori economici di garantire le migliori *performance* possibili, oppure in termini migliorativi rispetto ai criteri minimi imposti dalle disposizioni normative applicabili, al fine di realizzare modelli di produzione e consumo più sostenibili o “circolari”»⁴¹.

⁴⁰ Così A. MALTONI, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio “mandatory-rigido” ad uno di tipo “funzionale”?*, cit., § 1. *Contra* G. CREPALDI-R. MICALIZZI, *Eco-sostenibilità e contratti pubblici: la selezione delle imprese e delle offerte secondo criteri ambientali*, in www.federalismi.it, 2023, 65, secondo cui «la regolazione è certamente in grado di offrire una tutela efficace, in quanto trasversale e dinamica, dei valori ambientali, da intendersi in senso ampio».

⁴¹ Così A. MALTONI, *op. ult. cit.*, § 5.

ABSTRACT

Antonietta Lupo - *La dimensione ambientale nella contrattazione pubblica: brevi riflessioni alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici*

Coerentemente con i criteri contenuti nella legge delega n. 78/2022, il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) dedica all'integrazione delle variabili ambientali alcune disposizioni di dettaglio.

È da dire, tuttavia, che, pur mostrando un approccio orientato alla tutela trasversale dell'ambiente, le nuove disposizioni codicistiche sembrano, ad una prima lettura, proiettarsi maggiormente verso il prioritario obiettivo del risultato, segnando così un passo indietro rispetto alla logica che, ormai da diversi anni, tende ad elevare la tutela dell'ambiente a principio fondamentale della contrattazione pubblica.

Il contributo intende, quindi, fornire una disamina della nuova disciplina codicistica sulle cd. clausole verdi, per valutare la rilevanza e il grado di effettiva tutela accordate alla dimensione ambientale nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

PAROLE-CHIAVE: *Clausole verdi; nuovo codice dei contratti pubblici; sostenibilità ambientale; principio del risultato; criteri ambientali minimi.*

Antonietta Lupo - *The environmental dimension in public bargaining: brief reflections in the light of the new code of public contracts*

Consistent with the criteria contained in the enabling law no. 78/2022, the new Public Contracts Code (Legislative Decree no. 36/2023) dedicates some detailed provisions to the integration of environmental variables.

It must be said, however, that, despite showing an approach oriented towards the transversal protection of the environment, the new code provisions seem, at first reading, to be projected more towards the priority objective of the result, thus marking a step backwards compared to the logic which, for several years now, has tended to elevate environmental protection to a fundamental principle of public bargaining.

The contribution intends, therefore, to provide a first examination of the new code regulation on the so-called. green clauses, to evaluate the

relevance and degree of effective protection granted to the environmental dimension in the procedures for awarding public contracts.

KEYWORDS: *Green clauses; new public contracts code; environmental sustainability; result principle; minimum environmental criteria.*