



14 GIUGNO 2023

Eco-sostenibilità e contratti pubblici: la selezione delle imprese e delle offerte secondo criteri ambientali. Verso il nuovo Codice

di Gabriella Crepaldi

Professoressa associata di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Bergamo

e Raffaele Micalizzi

Dottore di ricerca in Business & Law, Istituzioni e impresa: valore, regole e
responsabilità sociale – Università degli Studi di Brescia

Eco-sostenibilità e contratti pubblici: la selezione delle imprese e delle offerte secondo criteri ambientali. Verso il nuovo Codice^{*}

di Gabriella Crepaldi

Professoressa associata di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Bergamo

e Raffaele Micalizzi

Dottore di ricerca in Business & Law, Istituzioni e
impresa: valore, regole e responsabilità sociale –
Università degli Studi di Brescia

Abstract [It]: L'articolo tenta una ricostruzione dell'articolato quadro normativo relativo ai c.d. appalti verdi, focalizzandosi su alcuni istituti-chiave in materia: i sistemi di gestione ambientale e le ecoetichette, i criteri ambientali minimi, il (nuovo) criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'approccio basato sul calcolo dei costi del ciclo di vita, il partenariato per l'innovazione. L'esame compiuto individua i punti di forza e di debolezza di ciascun istituto, anche in vista della riforma che, nei prossimi mesi, interesserà l'intera disciplina codicistica.

Title: Eco-sustainability and public contracts: the selection of companies and tenders based on environmental criteria. Towards the new Code.

Abstract [En]: The paper tries a reconstruction of the Italian regulatory framework on the subject of green public procurement. The focus is on some key-institute: environmental management systems, environmental labels, minimum environmental criteria, the (new) criterion of the most economically advantageous tender, life cycle cost analysis, innovation partnership. The overview identifies strengths and weaknesses of each institute, with a view to the reform that, in the coming months, will involve the entire Code of public procurement.

Parole chiave: appalto verde, sistema di gestione ambientale, ecoetichetta, criteri ambientali minimi, offerta economicamente più vantaggiosa, costi del ciclo di vita.

Keywords: green public procurement, environmental management system, environmental label, minimum environmental criteria, most economically advantageous tender, life cycle costs.

Sommario: 1. Gli acquisti pubblici e la sostenibilità ambientale. – 2. Requisiti di partecipazione e illeciti ambientali. – 3. I sistemi di gestione ambientale e le eco-etichette. – 4. I criteri ambientali minimi. – 5. Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'art. 95 del Codice dei contratti pubblici. – 6. I "costi del ciclo di vita" ed il relativo criterio di aggiudicazione. – 7. La ricomprensione di profili ambientali negli aspetti qualitativi dell'offerta. – 8. Altri strumenti per l'innovazione nel Codice dei contratti pubblici. – 9. Conclusioni: luci ed ombre.

1. Gli acquisti pubblici e la sostenibilità ambientale.

Le pubbliche amministrazioni attivano un elevatissimo numero di processi produttivi rivolgendosi al mercato mediante domande di acquisto di beni, servizi e lavori. Gli acquisti pubblici (relativamente ai soli beni),

^{*} Articolo sottoposto a referaggio. Sebbene frutto di una riflessione comune, i parr. 1, 2, 3, 4, 8 e 9 sono stati scritti da Gabriella Crepaldi, mentre i parr. 5, 6 e 7 sono stati scritti da Raffaele Micalizzi.

infatti, rappresentano in Italia circa il 17% del Prodotto Interno Lordo e nei paesi dell'Unione Europea circa il 14%¹, sino a raggiungere il 25% nell'area scandinava.

Il *Green Public Procurement* (GPP) sfrutta la forza del mercato pubblico per realizzare strategie di sviluppo sostenibile² nell'ambito dei processi di produzione e di consumo³. In questo senso, fin dalle prime affermazioni, l'acquisto verde è stato delineato come quello orientato a scegliere “*quei prodotti e servizi che hanno un minore, oppure un ridotto, effetto sulla salute umana e sull'ambiente rispetto ad altri prodotti e servizi utilizzati allo stesso scopo*” (U.S. EPA 1995).

Questo effetto dell'acquisto verde può definirsi diretto, in quanto è da riconnettere alla scelta stessa di acquisto di beni, servizi o lavori eco-sostenibili o maggiormente sostenibili. Con ciò, l'implementazione di clausole verdi nelle procedure d'acquisto riduce l'impatto ambientale del bene e le esternalità ambientali generate dal consumo della pubblica amministrazione (in termini, ad esempio, di produzione di emissioni inquinanti, di consumo di energia o di produzione di rifiuti).

Agendo in modo indiretto, invece, il GPP condiziona le produzioni e il mercato che, al fine di rispondere adeguatamente alla domanda pubblica, devono in primo luogo orientare le loro attività verso prodotti, servizi e opere eco-sostenibili e, in secondo luogo, risultano stimolati allo studio e alla ricerca di prodotti e servizi eco-sostenibili⁴.

Queste considerazioni sui benefici degli acquisti verdi nel breve e nel lungo periodo hanno dapprima orientato le scelte politico-ambientali dell'Unione europea. Il legislatore nazionale, in modo graduale, ha implementato le regole sugli acquisti eco-sostenibili traducendo nell'ordinamento interno le previsioni in vario modo introdotte a livello comunitario.

Le prime indicazioni sono da collocare all'inizio del nuovo secolo, attraverso l'adozione di atti non vincolanti come il Libro verde sulla politica integrata relativa ai prodotti, del 7 febbraio 2001 (COM(2001)68) e la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo “*Politica*

1 Tale dato corrisponde al valore in Euro di 1.900 miliardi. Tenendo conto anche degli appalti di servizi (non ricompresi nelle stime precedenti), tale percentuale sale a quota 19 % del PIL, corrispondente a 2.300 miliardi di Euro (cfr. Scheda tematica per il semestre europeo del 22 novembre 2017).

2 Sull'implementazione in Italia del principio dello sviluppo sostenibile si rinvia a C. VIDETTA, *Lo sviluppo sostenibile. Dal diritto internazionale al diritto interno*, in AA.VV., *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, Giuffrè, 2014, 221 ss.

3 Il concetto del *Green Procurement*, su scala internazionale, è stato originariamente promosso e confermato dall'OCSE (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico). L'EPE (*Environmental Partner for Environment*) e l'ICLEI (*International Council for Environmental Initiative*) hanno prodotto due importanti guide alla pratica del GPP.

4 Fra i primi studi da parte della letteratura amministrativistica si veda M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 219 ss.; nonché in M. CAFAGNO, F. FONDERICO, *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell'ambiente*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I, *Principi generali*, Cedam, Padova, 2012, 487 ss.

Integrata dei Prodotti. Sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale”, COM(2003)302 che ha invitato gli Stati membri ad adottare un Piano d’Azione nazionale sul GPP entro il 2006⁵.

Particolare rilevanza ha assunto la sentenza della Corte di Giustizia Europea⁶ che, pronunciandosi sul famoso caso che ha visto affrontarsi il Comune di Helsinki contro la compagnia aerea Concordia Bus⁷, ha stabilito che il principio della parità di trattamento non impedisce una selezione delle offerte anche sulla base di criteri collegati alla tutela dell’ambiente, per il solo fatto che esistono poche imprese che hanno la possibilità di offrire una prestazione che soddisfi tali criteri⁸.

Tali affermazioni sono state recepite nelle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, le quali hanno stabilito la possibilità di integrare considerazioni ambientali nelle procedure d’appalto, subordinando il principio di economicità agli aspetti di tutela ambientale e sociale.

5 Gli interventi dell’Unione europea sul tema degli acquisti verdi sono stati molto numerosi. Fra gli altri si ricordano la Comunicazione della Commissione Europea sul GPP “*Public Procurement for a better environment*”, COM(2008)400; il Manuale sugli appalti pubblici ecocompatibili *Acquistare verde!* della Commissione Europea (Ufficio delle comunicazioni ufficiali delle Comunità Europee, Lussemburgo, 2005); la Direttiva 2005/32/CE “*Istituzione di un quadro per l’elaborazione di specifiche per la progettazione ecocompatibile dei prodotti che consumano energia*”; il Piano d’azione per le tecnologie ambientali (ETAP), COM(2004)38; la Relazione del gruppo di alto livello presieduto da Wim Kok, del novembre 2004 “*Affrontare la sfida. Strategia di Lisbona per la crescita e l’occupazione*”, che riconosce nella promozione degli acquisti sostenibili uno degli strumenti d’incentivazione dell’innovazione, il Sesto Programma comunitario di azione per l’ambiente “*Ambiente 2010: il nostro futuro, la nostra scelta*”, COM(2001)31; il Comunicato della Commissione europea “*Europa Sostenibile per un Mondo Migliore: una strategia dell’Unione Europea per uno Sviluppo Sostenibile*” del 2001. Nel medesimo anno la Commissione europea ha altresì diffuso le linee guida sugli appalti pubblici verdi attraverso l’uso dei criteri europei dell’Ecolabel per supportare l’attività delle stazioni appalti in sede di definizione dei documenti di gara.

6 CGE, 17 settembre 2002, causa C513/99, Comune di Helsinki – Concordia Bus, in *Urb. e app.*, 2003, 168 con nota di M. BROCCA, *Criteri ecologici nell’aggiudicazione degli appalti* e in *Foro amm.- CdS*, 2002, 1936, con nota di M. LOTTINI, *Appalti comunitari: sulla ammissibilità di criteri di aggiudicazione non prettamente economici*.

7 Nel caso di specie il Comune di Helsinki aveva bandito una gara pubblica per la fornitura di autobus urbani e aveva individuato tra i criteri di valutazione per l’aggiudicazione anche un criterio c.d. “ecologico”. La Società Concordia Bus, non risultata vincitrice della competizione, ricorreva alla Corte di Giustizia Europea sollevando una questione di illegittimità del bando di gara che aveva previsto un punteggio particolarmente elevato per il criterio ecologico. La Corte di Giustizia Europea respingeva il ricorso affermando che “*quando nell’ambito di un appalto pubblico relativo alla prestazione di servizi di trasporti urbani mediante autobus l’amministrazione aggiudicatrice decide di attribuire un appalto all’offerente che ha presentato l’offerta economicamente più vantaggiosa, può prendere in considerazione criteri ecologici, quali il livello di emissioni di ossido di azoto o il livello sonoro degli autobus, purché tali criteri siano collegati all’oggetto dell’appalto, non conferiscano all’amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati nel capitolato di appalto o nel bando di gara e rispettino tutti i principi fondamentali del diritto comunitario ed, in particolare, il principio di non discriminazione*”.

8 Con una successiva pronuncia (4 dicembre 2003, causa C-448/01, EVN AG, Wienstrom GmbH contro Repubblica austriaca, in *Racc.*, 2003, I-14527) la Corte di giustizia ha ribadito il principio affermato sul caso Concordia Bus ma ha precisato che le amministrazioni aggiudicatrici sono libere di scegliere i criteri di aggiudicazione e la reciproca ponderazione, purché tale ponderazione consenta una valutazione sintetica dei criteri adottati per individuare l’offerta economicamente più vantaggiosa (v. G. GARZIA, *Bandi di gara per appalti pubblici e ammissibilità delle clausole c.d. ecologiche*, in *Foro amm.*, 2003, 3515; B. POGACE, *I criteri ambientali negli appalti pubblici: dalle prime pronunce della corte di giustizia alla nuova direttiva 2004/18*, in *Urb. e app.*, 2004, 1385; A. GRATANI, *L’energia elettrica da fonti rinnovabili e il vaglio del criterio di «positività ambientale» negli appalti*, in *Riv. giur. amb.*, 2004, 285; D.U. GALETTA, *Vizi procedurali e vizi sostanziali al vaglio della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2004, 317; V. DE FALCO, *L’utilizzo di fonti di energia rinnovabili come criterio di valutazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2004, 889).

Il Codice di contratti pubblici adottato per il recepimento delle Direttive del 2004 (d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163) ha offerto alcune possibilità di rendere la gara pubblica uno strumento di tutela dell'ambiente⁹ contribuendo a delineare i momenti della procedura ad evidenza pubblica in cui è possibile integrare le considerazioni ambientali, sulla base del principio, affermato all'art. 2, che subordina l'economicità ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente ed alla promozione dello sviluppo sostenibile.

Questa affermazione generale consente di riconoscere alla regolazione della contrattualistica pubblica un diverso fine che va al di là di quello meramente economico legato alla tutela della concorrenza, ma comunque coerente con gli obiettivi dell'Unione europea quale comunità anche politica e sociale. Deve ritenersi, infatti, che l'obiettivo prioritario della crescita economica contenga già in sé istanze ambientali e sociali che sono funzionali alla garanzia dello sviluppo sostenibile e, per questa via, il settore dei contratti pubblici viene ad integrarsi nelle politiche generali dell'Unione europea per lo sviluppo di un'economia ispirata all'innovazione e all'eco-sostenibilità.

Il Codice del 2006, tuttavia, non è andato molto oltre le affermazioni di principio e si è limitato a facultizzare le pubbliche amministrazioni, senza imporre, l'integrazione di valutazioni e prescrizioni ambientali nella procedura di gara, in sede di definizione dei requisiti di ammissione degli operatori economici, di selezione delle offerte e di clausole di esecuzione del contratto.

Le successive Direttive europee 2014/23/UE e 2014/24/UE sono state orientate al perseguimento di più ampie politiche ispirate alla crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva¹⁰ (v. Strategia Europa 2020 - (COM(2010) 2020) e il Codice dei contratti pubblici e delle concessioni (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) che è stato adottato per il loro recepimento ha certamente valorizzato gli acquisti eco-sostenibili soprattutto in relazione alla determinazione delle caratteristiche tecniche dell'oggetto della prestazione e ai criteri ambientali di selezione dell'offerta.

In ogni caso, tanto con il Codice del 2006 che con il successivo del 2016¹¹, il legislatore ha scelto di non dedicare agli acquisti verdi un *corpus* organizzato di norme, ossia una disciplina unitaria che possa essere isolata, in ragione di specialità, da quella generale: d'altra parte, la stessa formula “*appalti verdi*” non individua una tipologia contrattuale o una differente procedura d'acquisto e può essere utilizzata solo per

9 S. VILLAMENA, *Appalti pubblici e clausole ecologiche. Nuove conquiste per la «competitività non di prezzo» anche alla luce della recente disciplina europea*, in *Dir. economia*, 2015, 355.

10 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, 819,

11 Allo stesso modo, nello schema definitivo del nuovo Codice dei Contratti pubblici licenziato dal Consiglio di Stato il 7 dicembre 2022 non compare alcuna partizione dedicata al GPP.

descrivere una procedura ad evidenza pubblica volta, in misura più o meno marcata, al perseguimento di finalità (anche) di tutela ambientale¹².

La scelta del legislatore è stata piuttosto quella di favorire l'inclusione della considerazione ambientale nell'ambito della procedura di acquisto ad ogni occasione possibile e, perciò, la possibilità di introdurre clausole ambientali è stata prevista qua e là nel Codice in relazione alla disciplina dei vari momenti che definiscono il procedimento: dalla redazione del progetto di fattibilità tecnico-economica, alla determinazione dei requisiti di partecipazione, alla definizione delle certificazioni ambientali relative al processo produttivo e alla prestazione, alle modalità di scelta del contraente, ai criteri di valutazione dell'offerta, finanche alle clausole di esecuzione del contratto¹³.

La regolazione del Codice dei contratti pubblici è certamente in grado di offrire una tutela efficace, in quanto trasversale e dinamica, dei valori ambientali, da intendersi in senso ampio. Salvo alcune indicazioni vincolanti per le pubbliche amministrazioni, tuttavia, la disciplina introduce strumenti che le stazioni appaltanti possono utilizzare, ancorché non debbano. L'applicazione della normativa in tutte le sue potenzialità dipende, per lo più, dalla formazione, dalle capacità e dalle competenze degli operatori presenti nelle singole amministrazioni. Talora dipende dalla loro più o meno spiccata sensibilità alle tematiche ambientali.

Non esistono studi o ricerche di carattere generale sull'effettiva applicazione della normativa sugli appalti verdi. D'altra parte, come si è anticipato, non esistono neppure criteri per definire quando l'appalto è verde e quando non lo è, ovvero quale sia la soglia di recepimento della normativa per definirlo tale. Ad ogni modo, gli studi settoriali registrano una situazione piuttosto lontana da quella che la ricchezza di strumenti messi in campo dalla disciplina normativa lascerebbe prefigurare.

2. Requisiti di partecipazione e illeciti ambientali.

Le considerazioni ambientali da parte della stazione appaltante si collocano principalmente nell'ambito della determinazione dei requisiti soggettivi che gli operatori economici devono possedere per partecipare alla gara, delle caratteristiche dell'oggetto della prestazione, nonché dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

12 Si rinvia alla Comunicazione UE n. 400/2008, laddove afferma che il GPP può essere definito come “*un processo mediante cui le pubbliche amministrazioni cercano di ottenere beni, servizi e opere con un impatto ambientale ridotto per l'intero ciclo di vita rispetto a beni, servizi e opere con la stessa funzione primaria ma oggetto di una procedura di appalto diversa*”.

13 Sia consentito il riferimento a G. CREPALDI, *Politiche ambientali nei contratti pubblici degli enti locali*, in M. ANDREIS (a cura di), *I contratti pubblici tra principi interni e vincoli sopranazionali*, Milano, Giuffrè, 2011, 195 ss.

Con riferimento alla definizione dei requisiti di partecipazione alla gara, l'art. 80, I comma, del Codice del 2016¹⁴ prevede delle cause di esclusione dell'operatore economico obbligatorie e tassative¹⁵. Si tratta di requisiti soggettivi generali e negativi: generali perché si devono applicare a tutte le procedure di gara senza che la stazione appaltante possa individuare deroghe o eccezioni; negativi perché le situazioni tipiche individuate dal legislatore non devono sussistere in capo all'impresa affinché possa essere ammessa alla gara. Le cause di esclusione riguardano anche i subappaltatori e subaffidatari, i quali sono tenuti, al pari del contraente principale, ad attestare la non ricorrenza di queste situazioni che, per la maggior parte, riguardano il pregresso compimento di reati penali individuati ovvero lo stato di fallimento.

Fra queste assume rilevanza la previsione di cui alla lett. g) secondo cui deve essere escluso l'operatore che abbia commesso un qualunque delitto¹⁶ da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

Il Codice penale individua vari delitti ambientali puniti con la pena accessoria dell'incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione: inquinamento ambientale (art. 452-*bis*), disastro ambientale (art. 452-*quater* c.p.), traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività (art. 452-*sexies*), impedimento del controllo (art. 452-*septies*), attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti (art. 452-*quaterdecies*). L'imprenditore definitivamente condannato non potrà contrarre né personalmente, né per il tramite di imprese o cooperative nelle quali rivesta un ruolo direttivo: questa estensione determina un forte effetto deterrente, soprattutto nei settori produttivi in cui le commesse pubbliche assorbono quote rilevanti dell'offerta¹⁷.

Il rispetto della normativa ambientale assume rilevanza anche nell'ambito di un'altra causa di esclusione dalla partecipazione, questa volta non circoscritta a ipotesi specifiche individuate dal legislatore e, invece, formulata in modo aperto, che ha ad oggetto il pregresso compimento di "gravi illeciti professionali".

14 E. ROMANO, *L'esclusione dell'operatore economico dalla procedura di affidamento dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2019, 7 ss.; L. LA ROSA, *Discrezionalità della p.a. e principio di proporzionalità nell'applicazione delle cause di esclusione*, in *Urb. e app.*, 2019, 6, 774; C. DE PORTU, *I motivi di esclusione di cui all'art. 80 del Codice dei contratti pubblici (limitatamente a quelli) rivisitati dal D.L. 18 aprile 2019, n. 32 (cosiddetto "sblocca cantieri") convertito in legge 14 giugno 2019, n. 55*, in *Riv. trim. appalti*, 2019, 4, 1171; F. MASTRAGOSTINO, *Motivi di esclusione e soccorso istruttorio dopo il correttivo al codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2017, 6, 745; L. DE GREGORIIS, *A lo parlare agi misura: potere di soccorso istruttorio e non tassatività del principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare di appalto*, in *Foro amm.*, 2014, 9, 2268; F. RISSO, *Il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche e il potere di "soccorso istruttorio"*, in *Foro amm. - CdS*, 2013, 9, 2528.

15 Le cause di esclusione non sono suscettibili di applicazione analogica: T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 3 dicembre 2019, n. 5684, in *Foro amm.*, 2019, 12, 2165; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 17 maggio 2019, n. 2616, in www.giustizia-amministrativa.it.

16 Deve essere intervenuta una condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna irrevocabile oppure una sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 del Codice di procedura penale. In tema v. T.A.R. Marche, 6 ottobre 2022 n. 566, in www.lexitalia.it.

17 In questi casi sussiste la possibilità di avviare processi di *self-cleaning* dell'impresa (Cons. Stato, sez. V, 9 gennaio 2020, n. 158, in www.giustizia-amministrativa.it). Si rinvia alla delibera ANAC del 4 marzo 2020, n. 231.

La formula è descrittiva e la determinazione delle singole ipotesi rilevanti è lasciata di volta in volta alla valutazione discrezionale della stazione appaltante.

La mancata determinazione degli illeciti professionali da prendere in considerazione e, correlativamente, l'incertezza sorta in merito alla portata (qualitativa e quantitativa) degli oneri dichiarativi gravanti sulle imprese ha fatto sorgere un vivacissimo dibattito in letteratura¹⁸ e in giurisprudenza¹⁹. A supporto operativo delle stazioni appaltanti l'ANAC ha adottato le Linee guida non vincolanti n. 6 (approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016) modificate dopo l'entrata in vigore del primo decreto correttivo al Codice (Consiglio dell'Autorità 11 ottobre 2017 n. 1008).

Fondamentalmente lo scopo della previsione codicistica è quello di consentire alle pubbliche amministrazioni di escludere dalla gara un operatore economico qualora si evidenzino delle condotte pregresse professionalmente illecite alle quali, in ragione della loro gravità, deve conseguire una valutazione di non integrità o affidabilità.

Mentre l'esclusione del concorrente per gravi reati ambientali è automatica perché ad essi è ricondotta dalla legge la pena accessoria dell'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione, i reati ambientali come quelli previsti dal Codice dell'ambiente, che non sono sanzionati con la pena accessoria del divieto di contrarre, possono risultare ostativi alla partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica, in quanto rientrano, secondo la valutazione della stazione appaltante, nella nozione di grave illecito professionale di cui all'art. 80, comma V, lett. c), del Codice²⁰.

Grava sull'operatore economico l'onere di dichiarare le condanne²¹ (anche non passate in giudicato), nonché le pronunce di proscioglimento per prescrizione e i procedimenti pendenti non ancora conclusi, che assumono particolare rilievo specie laddove siano state irrogate misure cautelari le quali nel processo penale trovano presupposto nei gravi indizi di colpevolezza (art. 273 c.p.p.)²².

18 A. AMORE, *Gli operatori economici nel "labirinto dei gravi illeciti professionali" e il periodo triennale di esclusione dalla gara dall'accertamento definitivo*, in *Urb. e app.*, 2019, 6, 795; S. FOÀ, M. RICCIARDO CALDERARO, *I "gravi illeciti professionali" dell'operatore economico come elenco esemplificativo*, in *Giur. it.*, 2018, 7, 1681; A.G. PIETROSANTI, *Sui gravi illeciti professionali previsti dall'art. 80, comma 5, lettera c) del d. lgs. n. 50/2016*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 4, 209; L. MAZZEO, L. DE PAULI, *Le linee guida dell'ANAC in tema di gravi illeciti professionali*, in *Urb. e app.*, 2018, 2, 155; A. AMORE, *Le cause di esclusione di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50/2016 tra linee guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità*, in *Urb. e app.*, 2017, 6, 763.

19 Tra le più recenti v. T.A.R. Valle d'Aosta, sez. I, 20 gennaio 2022, n. 3 e Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2021, n. 7223, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui la stazione appaltante può desumere il compimento di un grave illecito professionale da ogni vicenda pregressa, anche non tipizzata, dell'attività professionale dell'operatore economico di cui fosse accertata la contrarietà a un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa, se stimata idonea a metterne in dubbio l'integrità e l'affidabilità. Sull'irrelevanza di un illecito commesso oltre tre anni prima dell'indizione della procedura di gara v. T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 31 marzo 2022, n. 2149, in *Foro amm.*, 2022, II, 442.

20 Cons. Stato, sez. III, 18 marzo 2022, n. 1977, in *L'amministrativista*, 7 aprile 2022.

21 E. ROMANO, *Obblighi dichiarativi degli operatori economici, potere di esclusione dell'amministrazione e sindacato del giudice*, in *Dir. e proc.*, 2021, spec. 460 ss.

22 L'onere dichiarativo ha per oggetto anche i procedimenti penali conclusi nel triennio precedente con sentenza di proscioglimento intervenuta per prescrizione, atteso che tale pronuncia non esclude né la sussistenza del fatto, né la sua illiceità (T.A.R. Lazio, Roma, 28 luglio 2020, n. 8821, in www.giustizia-amministrativa.it).

Correlativamente, la stazione appaltante è tenuta a prendere in considerazione quanto dichiarato dall'impresa. Nella valutazione, che è ampiamente discrezionale²³, l'amministrazione deve tenere conto della gravità del fatto, dello stato del connesso procedimento penale ed anche della natura e dell'oggetto del contratto da aggiudicare, posto che se la procedura ha ad oggetto una prestazione di natura ambientale oppure che ha importante impatto ambientale, il precedente penale assume rilevanza in senso ostativo alla partecipazione.

Va da sé che il provvedimento di esclusione di un concorrente giustificato dall'accertamento di un grave illecito professionale deve essere corredato da una puntuale motivazione²⁴. La legge, d'altra parte, richiede che la stazione appaltante offra una dimostrazione "*con mezzi adeguati*" della colpevolezza dell'operatore economico²⁵.

La valutazione caso per caso richiesta all'amministrazione dall'art. 80, comma V, lett. c) al fine di accertare la ricorrenza di un grave illecito professionale in qualche misura tempera la rigidità del sistema delle cause di esclusione di tipo obbligatorio che, in quanto stabilite in modo tassativo dalla legge, non consentono all'amministrazione di ravvisare ulteriori situazioni impeditive della partecipazione.

La legge delega (21 giugno 2022 n. 78) per la revisione del Codice dei contratti pubblici ha affidato al Governo il compito razionalizzare e semplificare le cause di esclusione al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe, individuando le fattispecie che configurano l'illecito professionale. Fra le cause di esclusione non automatica, lo schema definitivo del nuovo Codice dei Contratti pubblici licenziato dal Consiglio di Stato il 7 dicembre 2022 indica innanzitutto l'accertamento di gravi infrazioni, debitamente accertate con qualunque mezzo adeguato, alle norme in materia ambientale (art. 95, lett. a). Come richiesto dalla legge delega, l'art. 98 regola in modo compiuto le condizioni alla presenza delle quali è possibile l'esclusione dell'operatore economico per grave illecito professionale e gli elementi tassativi dai quali può desumersi, nonché i mezzi di prova. Si noti che il comma 4, lett. i) consente comunque alla stazione appaltante di ravvisare un grave illecito professionale in presenza di condotte diverse da quelle elencate la cui gravità, tuttavia, incide in modo evidente sull'affidabilità ed integrità dell'operatore economico in misura tale da compromettere l'interesse pubblico.

23 T.A.R. Campania, sez. IV, 14 gennaio 2022, n. 299, in www.giustizia-amministrativa.it.

24 T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 12 giugno 2020, n. 6498, in www.giustizia-amministrativa.it, spec. laddove afferma che l'onere di puntuale, congrua e ponderata motivazione assume particolare rilevanza in considerazione dell'espunzione dal testo dell'art. 80 del Codice di ogni ipotesi positivizzata di grave illecito professionale atto a porre in dubbio l'attendibilità o l'integrità delle imprese partecipanti alle gare di appalto, con la conseguente assenza di tipizzazione delle fattispecie e la correlativa espansione della discrezionalità delle stazioni appaltanti. Si veda anche la giurisprudenza amministrativa che ha ritenuto sufficiente la motivazione implicita del provvedimento che ha ammesso un'impresa pur in presenza di condanne penali dichiarate nel documento di gara (Cons. Stato, sez. V, 4 novembre 2019, n. 7506, in *L'amministrativista*, 25 novembre 2019).

25 Cons. Stato, sez. V, 6 luglio 2020, n. 4304, in *L'amministrativista*, 10 luglio 2020.

3. I sistemi di gestione ambientale e le eco-etichette

La partecipazione alla gara richiede che, in conformità a quanto è stabilito nel bando, gli operatori economici adottino sistemi di gestione ambientale, ossia strumenti organizzativi che mirano a migliorare le prestazioni ambientali globali dell'impresa, consentendo di ottenere un quadro chiaro del loro impatto esterno finalizzato al continuo miglioramento delle prestazioni ambientali. I principali sistemi di gestione ambientale utilizzati nell'ambito dell'Unione europea sono l'EMAS (*Eco-Management and Audit Scheme* - Sistema europeo di ecogestione e audit) e le norme europee e internazionali sui sistemi di gestione ambientale EN/ISO 14001. Il primo è rivolto a organizzazioni con siti di produzione nell'Unione europea o nello Spazio economico europeo, mentre il sistema ISO opera a livello mondiale.

Il Codice dei contratti pubblici contempla le certificazioni di qualità all'art. 87 e prevede che le stazioni appaltanti chiedano l'indicazione delle misure di gestione ambientale che l'operatore economico applicherà durante l'esecuzione del contratto; allo scopo è richiesta la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare il rispetto da parte dell'operatore economico di determinate norme di gestione ambientale, appunto EMAS o ISO²⁶ ovvero ad altre norme di gestione ambientale basate sulle pertinenti norme europee o internazionali certificate da organismi accreditati per lo specifico scopo²⁷.

Le imprese concorrenti possono servirsi dei certificati EMAS o ISO per dimostrare la loro capacità tecnica a soddisfare le misure di gestione ambientale²⁸. Tuttavia, le stazioni appaltanti devono riconoscere lo stesso valore ai certificati basati sulle pertinenti norme di gestione ambientale internazionali ed europee

26 Le norme UNI EN ISO garantiscono un determinato livello qualitativo dell'organizzazione aziendale e dei processi lavorativi; si tratta di caratteristiche generali che prescindono dalle dimensioni e dal settore di attività. Esse costituiscono il risultato di una codificazione degli standard industriali e commerciali, delle regole organizzative e dei principi vigenti nei Paesi industrializzati che l'impresa deve seguire nei processi produttivi, senza riguardare prodotti o servizi specifici, perché la certificazione di qualità attiene agli aspetti gestionali dell'impresa, intesa nel suo complesso (T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 11 gennaio 2019, n. 172, in *Foro amm.*, 2019, 1, 151; Cons. Stato, sez. V, 28 ottobre 2015, n. 4937, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. V, 26 giugno 2012, n. 3752, in *Foro amm. - CdS*, 2012, 6, 1627).

27 La dimostrazione del possesso della certificazione ambientale assume rilevanza anche ad altri fini, ad esempio per ottenere l'agevolazione della riduzione dell'importo della cauzione definitiva; un'ulteriore riduzione del trenta per cento è prevista per gli operatori economici in possesso di registrazione EMAS oppure del venti per cento se in possesso di registrazione UNI EN ISO 14001. Infine, opera una riduzione del venti per cento, cumulabile con le precedenti, per gli operatori economici in possesso del marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE), in relazione ai beni o servizi che costituiscano almeno il cinquanta per cento del valore dei beni e servizi oggetto del contratto. Specifiche riduzioni della cauzione definitiva sono previste per le imprese che sviluppano un inventario di gas ad effetto serra ai sensi della norma UNI EN ISO 14064-1 o un'impronta climatica (*carbon footprint*) di prodotto ai sensi della norma UNI ISO/TS 14067. Si rinvia alle più dettagliate previsioni dell'art. 93, comma VII del Codice dei contratti pubblici e delle concessioni.

28 T.A.R. Lazio, Latina, 25 gennaio 2018, n. 31, in www.giustizia-amministrativa.it ritiene illegittima poiché eccessiva la richiesta del possesso congiunto delle due certificazioni ISO 14001 ed EMAS. Si veda anche Cons. Stato, sez. V, 6 settembre 2017, n. 4221, *id.*, laddove afferma che la stazione appaltante deve verificare il possesso della certificazione e la sua veridicità, non potendo limitarsi alla dichiarazione del possesso da parte dell'operatore economico.

rilasciati da enti che operano conformemente al diritto comunitario o alle norme europee e internazionali in materia di certificazione.

Anche se la presentazione di certificati semplifica il processo di dimostrazione dei requisiti, le stazioni appaltanti non possono in alcun caso limitare la partecipazione ai soli concorrenti che ne sono in possesso; ciò che rileva, infatti, non è il dato formale della registrazione al relativo sistema di certificazione, bensì il possesso, di fatto, delle qualità richieste. Perciò debbono essere accettati tutti i mezzi di prova che il concorrente ritenga di presentare per dimostrare l'adozione di sistemi di gestione ambientale e qualora gli operatori economici abbiano dimostrato di non avere accesso ad alcun certificato o di non avere la possibilità di ottenerlo entro i termini richiesti per motivi loro non imputabili, la stazione appaltante deve accettare anche altre prove documentali delle misure di gestione ambientale, purché gli operatori economici dimostrino che tali misure sono equivalenti a quelle richieste nel quadro del sistema di gestione ambientale applicabile²⁹.

Perciò si può affermare che la presentazione del certificato agevola l'attività dell'impresa ed anche della stazione appaltante ed è da ritenersi la modalità ordinaria per dimostrare l'adozione di sistemi di gestione ambientale: tuttavia, questa ragione di semplificazione non può prevalere rispetto al principio di qualità, di non discriminazione³⁰ e di massima partecipazione alla gara che impone di garantire la partecipazione anche a chi è privo di certificazione ma in possesso dei requisiti di qualità ambientale dei processi³¹.

Allo stesso modo, qualora l'amministrazione abbia richiesto il possesso di certificazioni aggiuntive rispetto a quelle minime previste, le imprese partecipanti possono provare con ogni mezzo ciò che costituisce oggetto della certificazione richiesta, *“pena altrimenti, in primo luogo, l'introduzione di una causa amministrativa di esclusione in contrasto con una chiara disposizione di legge”* che vieta all'amministrazione di prevedere cause di esclusione diverse da quelle stabilite dal Codice³².

La richiesta da parte della stazione appaltante del possesso di un sistema di gestione ambientale attiene ai requisiti soggettivi di partecipazione e, in particolare, è un indice di capacità tecnico-professionale³³. Il

29 Anche al fine di facilitare la presentazione di offerte transfrontaliere, è previsto lo strumento chiamato e-Certis, quale sistema informativo che consente di identificare i diversi certificati richiesti nelle procedure di appalto in tutta l'Unione europea. Le stazioni appaltanti devono utilizzare e richiedere preferenzialmente i tipi di certificati o le forme di prove documentali contemplate da e-Certis.

30 T.A.R. Piemonte, Torino sez. II, 28 novembre 2018, n. 1302, in www.giustizia-amministrativa.it.

31 Sul principio di equivalenza delle certificazioni v. Cons. Stato, sez. V, 22 luglio 2021, n. 5513, in *L'amministrativista*, 23 luglio 2021.

32 Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2020, n. 2455, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2013, n. 5375, in *Foro amm.*, 2013, 3101. A questo proposito si noti che la bozza del nuovo Codice dei contratti pubblici non fa più cenno ai sistemi di gestione ambientale ma si limita, all'art. 100, nell'ambito della previsione dei requisiti di ordine speciale di natura tecnico professionale, a stabilire che le attestazioni di qualificazione sono rilasciate se risulta che l'operatore economico sia in possesso di certificazioni di sistemi di qualità conformi alle norme europee e alla normativa nazionale. L'Allegato II.13 elenca tra le certificazioni rilevanti quelle ambientali UNI EN ISO 14001 e EMAS.

33 Cons. Stato, sez. V, 28 giugno 2016, n. 2903, in *Foro amm.*, 2016, 1509, afferma che trattandosi di requisito soggettivo per la partecipazione alla gara deve ritenersi ammissibile l'avvalimento.

certificato, infatti, comprova le caratteristiche qualitative del processo produttivo e non del prodotto³⁴. Le certificazioni ambientali relative al prodotto, invece, sono comunemente chiamate eco-etichette (art. 69 del Codice³⁵) e hanno lo scopo di semplificare la dimostrazione della conformità del bene rispetto ad un complesso sistema di *standards* qualitativi ambientali. La più importante eco-etichetta è l'Ecolabel europeo³⁶ che contraddistingue prodotti e servizi a minor impatto ambientale. Il marchio Ecolabel è un marchio di qualità ecologica e garantisce che durante tutto il ciclo produttivo siano state adottate misure per garantire il minor impatto ambientale. Per i produttori, l'acquisizione dell'Ecolabel europeo dimostra l'impegno e l'attenzione alle problematiche ambientali, mentre per i consumatori è una modalità di riconoscimento dei prodotti eco-sostenibili³⁷.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono richiedere che le prestazioni oggetto del contratto soddisfino tutti i requisiti per l'etichettatura ovvero possono indicare a quali requisiti per l'etichettatura fanno riferimento; se è richiesta un'etichettatura specifica, la stazione appaltante deve accettare tutte le etichettature che confermano che la prestazione dell'operatore economico soddisfa i requisiti equivalenti. Anche se l'Ecolabel è il marchio ecologico europeo più diffuso in Italia, ne esistono molti equivalenti come Blaue Engel, Nordic Swan, Nordic Environmental label, Environmental Choix, Umweltzeichen³⁸. Le etichette ambientali rappresentano una certificazione di qualità di primo livello; anche in questo caso, come in quello relativo ai sistemi di gestione ambientale, il legislatore ha previsto che le stazioni appaltanti debbano accettare “*altri mezzi di prova appropriati*”, tra cui anche la documentazione tecnica del fabbricante, se l'operatore economico non ha accesso ai certificati o non poteva ottenerli entro i termini richiesti, purché il mancato accesso non sia a lui imputabile e purché si dimostri che i lavori, le forniture o i servizi

34 Si tenga conto che talora la certificazione EMAS o ISO è altresì oggetto di considerazione nell'ambito della valutazione delle offerte. Si veda però T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 23 novembre 2017, n. 11582, in www.giustizia-amministrativa.it, nella parte in cui afferma che la clausola del bando di gara che attribuisce un punteggio elevato alla certificazione EMAS, pur in presenza di analoga certificazione UNI EN ISO 14001, già prevista come condizione di partecipazione, deve ritenersi illegittima in quanto introduce un requisito ultroneo e sproporzionato e, pertanto, lesivo dei principi della concorrenza, della massima partecipazione alle gare e della *par condicio*.

35 La bozza del nuovo Codice dei contratti pubblici affida la disciplina delle etichettature e delle specifiche tecniche all'Allegato II.5.

36 L'Ecolabel è stato istituito dal Regolamento CE del 23 marzo 1992 n. 880, ora disciplinato dal Regolamento CE del 25 novembre 2009, n. 66/2010 (come modificato dal Regolamento UE del 14 agosto 2013, n. 782).

37 L'Ecolabel riguarda attualmente prodotti come: calzature, tessili, lampadine, materassi, detersivi, alcuni elettrodomestici (frigoriferi, lavastoviglie e lavatrici), carta per copie, personal computer, carta per uso domestico, pitture e vernici, piastrelle, lubrificanti e i servizi di ricettività turistica e di campeggio. Sono in corso di definizione i criteri per i mobili e la carta stampata.

38 Quando un'etichettatura stabilisce requisiti non collegati all'oggetto dell'appalto, le amministrazioni aggiudicatrici non possono esigere l'etichettatura in quanto tale, ma possono definire le specifiche tecniche con riferimento alle specifiche dettagliate di tale etichettatura, o, all'occorrenza, a parti di queste, connesse all'oggetto dell'appalto e idonee a definirne le caratteristiche (art. 69, comma IV, Codice dei contratti pubblici).

soddisfano i requisiti o i criteri stabiliti nelle specifiche tecniche, i criteri di aggiudicazione o le condizioni relative all'esecuzione dell'appalto³⁹.

Le prescrizioni del bando possono introdurre requisiti di partecipazione alla gara ovvero caratteri della prestazione che siano collegati all'oggetto dell'appalto, ragionevoli e proporzionati al suo valore e ai suoi obiettivi: essi non possono tradursi in condizioni eccessivamente onerose per gli operatori economici che partecipano alla gara. Così sarebbe se si prevedessero, ad esempio, delle certificazioni ambientali molto costose, in relazione al valore del contratto, tanto da rendere non conveniente la partecipazione alla gara o di consentirla solo a poche imprese⁴⁰.

Se per un verso il legislatore vuole consentire alle stazioni appaltanti di qualificare la partecipazione e l'offerta in termini ambientali, per altro verso si deve evitare che l'introduzione di specifici requisiti soggettivi o particolari specifiche tecniche non trovi giustificazione nel contratto o sia eccessiva, tale da apparire surrettiziamente volta ad individuare una o poche imprese sul mercato in grado vincere la competizione e di fornire la prestazione. Già nel *leading case* Concordia Bus (v. par. I), la società concorrente aveva lamentato davanti alla Corte di Giustizia Europea che nella gara per la fornitura di bus urbani il Comune di Helsinki aveva previsto un criterio ecologico così elevato che solo poche imprese sul mercato erano in grado di soddisfarlo. A tal proposito la Corte di Giustizia europea ha compiuto un'importante affermazione che ancor oggi riecheggia nella giurisprudenza amministrativa⁴¹ e nei pareri dell'ANAC⁴², secondo cui il criterio ecologico non può ritenersi illegittimo, ancorché rigoroso, se è espressamente menzionato nei documenti di gara, se è collegato all'oggetto del contratto e se non conferisce all'amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta.

4. I criteri ambientali minimi – CAM

Lo strumento più efficace degli appalti verdi è senza dubbio costituito dalla definizione a livello ministeriale e dall'imposizione alle stazioni appaltanti dei CAM, acronimo di Criteri Ambientali Minimi⁴³. Essi concorrono a qualificare l'oggetto della prestazione richiesta al mercato dalla stazione appaltante e

39 In un caso riguardante l'affidamento di macchine fotocopiatrici, v. T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 8 marzo 2022, n. 245, in www.giustizia-amministrativa.it.

40 Sul principio di proporzionalità si rinvia a S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, Torino, Giappichelli, 2011, 10 ss.; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, Giuffrè, 2008, 7 ss.

41 Cons. Stato, Ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17, in *Riv. giur. edilizia*, 2021, 5, I, 1570; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 21 aprile 2016, n. 4651, in www.giustizia-amministrativa.it.

42 Parere n. 60 del 18 aprile 2012.

43 Sul tema v. E. BELLOMO, *Appalti verdi in urbanistica ed edilizia: i criteri ambientali minimi (nota a sent. Cons. Stato sez. V 18 marzo 2019 n. 1748)*, in *Riv. giur. urb.*, 2020, 1, 143; A. FEZZA - G. LOMBARDO, *I criteri sociali e ambientali minimi (CSM e CAM) nella contrattualistica pubblica. Possibili premialità per iniziative ad impatto sociale e ambientale*, in *Riv. trim. app.*, 2019, 1085; T. CELLURA, *Criteri minimi ambientali nell'edilizia: una vera rivoluzione negli appalti pubblici delle costruzioni*, in *Appalti e contratti*, 2016, 10.

sono elaborati proprio con l'obiettivo di conseguire, nel complesso, la limitazione dell'uso delle risorse naturali e la sostituzione delle fonti energetiche non rinnovabili con fonti rinnovabili, nonché la riduzione della produzione di rifiuti, delle emissioni inquinanti e dei rischi ambientali.

Il processo di determinazione dei CAM è stato avviato dalla legge finanziaria per il 2007 (legge 27 dicembre 2006 n. 296)⁴⁴ con la quale è stata prevista l'adozione del *Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione* (c.d. PAN GPP) da parte del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare. Sulla base di tale previsione legislativa è stato emanato il decreto interministeriale 11 aprile 2008 n. 135, successivamente aggiornato con d.m. 10 aprile 2013⁴⁵.

Il PAN ha individuato dei settori merceologici di intervento prioritario degli acquisti verdi (arredi, materiali da costruzione, manutenzione delle strade, gestione del verde pubblico, illuminazione e riscaldamento, elettronica, tessile, cancelleria, ristorazione, materiali per l'igiene, trasporti) e per ciascuno di essi ha incaricato il Ministero dell'Ambiente e della tutela del Territorio e del Mare di adottare i decreti ministeriali per la definizione dei CAM, quali indicazioni tecniche, generali e specifiche, di natura prevalentemente ambientale che le pubbliche amministrazioni devono considerare in sede di definizione delle specifiche della prestazione.

A titolo di esempio, si può esaminare l'Allegato 3 del d.m. 11 gennaio 2017 che definisce i CAM nel settore tessile e prevede che le Amministrazioni acquistino prodotti tessili con determinate specifiche tecniche (tessuto riciclabile o costituito da fibre naturali; assenza di sostanze pericolose; tessuti lavabili a basse temperature; indumenti riutilizzabili; tessuti con elevata resistenza ai lavaggi e all'usura ecc.), e che includano nei bandi taluni sub-criteri premianti di natura ambientale (tessuti biologici; servizi post-vendita di riparazione, riciclo e riuso; utilizzo di fibre tessili riciclate; filiera produttiva responsabile ecc.). Il d.m. indica anche le modalità per la verifica delle caratteristiche tecniche dichiarate dagli operatori economici nell'offerta (come il possesso di una eco-etichetta, la presenza di rapporti di prova o auto-dichiarazioni del produttore⁴⁶).

In ciascun decreto ministeriale la puntuale elencazione delle specifiche e dei criteri è preceduta da una sintetica analisi del mercato, del prodotto e degli impatti ambientali durante tutto il ciclo di vita.

44 La legge finanziaria ha dato esecuzione a quanto previsto nella Comunicazione della Commissione Europea, 2003/302 in cui si è fissato l'obiettivo di incoraggiare "...gli Stati membri a dotarsi di piani d'azione accessibili al pubblico per l'integrazione delle esigenze ambientali negli appalti pubblici".

45 L'art. 4 del d.m. 11 aprile 2008 prevedeva che il Piano dovesse essere oggetto di revisione almeno triennale; ad oggi, l'unica revisione è stata quella del 2013.

46 Su tale problematica si rinvia a Cons. Stato, sez. VI, 27 marzo 2019, n. 2036, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo la quale la pubblica amministrazione è vincolata ai CAM ma non anche ai chiarimenti di interpretazione autentica successivamente adottati dal Ministero dell'ambiente. Nella fattispecie, con il chiarimento il Ministero aveva consentito di sostituire il rapporto di prova sull'assenza di sostanze nocive nel processo produttivo di arredi con una mera auto-dichiarazione. La stazione appaltante ha escluso comunque l'impresa che aveva presentato l'autodichiarazione piuttosto che il rapporto di prova previsto dal d.m.

L'approvazione dei CAM richiede il compimento di un complesso procedimento di natura tecnica. La proposta, elaborata da un gruppo di lavoro composto dai rappresentanti delle associazioni di categoria dello specifico settore, da singoli esperti (anche provenienti dalle Università) e da tecnici del Ministero dell'Ambiente, è sottoposta ad un confronto in seno al Comitato di Gestione, organo composto dai rappresentanti delle principali amministrazioni statali e regionali con competenze in materia di ambiente e appalti: il Comitato può apportare modifiche alla proposta del gruppo di lavoro prima di trasmetterla al Ministro dell'Economia e delle Finanze e al Ministro dello Sviluppo Economico, i quali, se ritengono, possono esprimere un parere. Infine, i CAM sono approvati con decreto del Ministero della Transizione Ecologica.

L'ampia condivisione e il confronto tecnico che caratterizzano il procedimento paiono indispensabili per assicurare l'effettiva possibilità di applicare i CAM, la quale dipende dall'aderenza dei medesimi, sotto il profilo tecnico, alla realtà fattuale di ciascun settore produttivo considerato⁴⁷. In questo senso, particolarmente significativa è la previsione che coinvolge le imprese che operano in un determinato mercato e che più di ogni altro interlocutore possono fornire dati e informazioni sulle caratteristiche del processo produttivo, dei prodotti, dell'assetto concorrenziale, delle prospettive di innovazione, in tal modo contribuendo a colmare una rilevante asimmetria informativa tra il soggetto pubblico che acquista e il mercato che realizza e che, perciò, dispone del *know how*. Questa situazione di disparità genera una sorta di soccorso, promosso dalla normativa, del settore pubblico da parte del settore privato, come una forma di collaborazione pubblico-privata che, peraltro, il Codice del 2016 sollecita in questa e in varie altre situazioni: si pensi, ad esempio, che la definizione del *life cycle costing* di cui all'art. 96 deve essere elaborata sulla scorta di informazioni scientifiche o sulla base di altri criteri oggettivi, verificabili e non discriminatori e che i “*dati richiesti devono poter essere forniti con ragionevole sforzo da operatori economici normalmente diligenti*”, compresi gli operatori economici di altri Stati membri. Per quanto la disposizione, come si dirà, appaia di difficile interpretazione ed applicazione, pare evidente che manifesti la chiara necessità di ottenere il supporto delle imprese che operano nel settore e che conoscono gli aspetti produttivi e quelli successivi relativi ai possibili costi generati dal bene, servizio oppure dall'opera durante tutto il corso della sua vita⁴⁸.

47 Si tenga conto che nella definizione dei criteri si devono compiere valutazioni che riguardano anche il grado di specificità dei requisiti e delle caratteristiche tecniche delle prestazioni in quanto, criteri troppo dettagliati o rigorosi potrebbero incidere sul principio di concorrenza e di massima partecipazione alle gare, restringendo eccessivamente il numero di operatori economici in grado di realizzare un'offerta tecnicamente adeguata. Al contrario, CAM troppo generici non consentirebbero di conseguire gli obiettivi ambientali e in questo modo sarebbe vanificata la politica di progresso ambientale perseguita dal pianificatore nazionale sulla base della strategia europea per lo sviluppo sostenibile.

48 Sul costo del ciclo di vita si rinvia alla disposizione-madre contenuta nel Considerando n. 96 della Direttiva UE/24/2014: “*Il concetto abbraccia i costi interni, come le ricerche da realizzare, lo sviluppo, la produzione, il trasporto, l'uso e la manutenzione e i costi di smaltimento finale ma può anche abbracciare costi imputabili a esternalità ambientali quali l'inquinamento causato dall'estrazione delle materie prime utilizzate nel prodotto ovvero causato dal prodotto stesso o dalla sua fabbricazione, a condizione che possano*

L'efficacia dei CAM come strumento del *green public procurement* dipende dalla loro applicazione effettiva da parte delle stazioni appaltanti.

Per questo il legislatore ne ha via via imposto l'applicazione in modo omogeneo e sistematico. Dapprima è intervenuto l'art. 18 della legge 28 dicembre 2015, n. 221 che, introducendo l'art. 68 *bis* nel d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ha sancito l'obbligo di inserire nei documenti di gara almeno le specifiche tecniche e le clausole contrattuali previste nei CAM di alcuni settori come l'illuminazione pubblica, le attrezzature elettriche ed elettroniche, i servizi energetici per gli edifici pubblici⁴⁹.

Il Codice del 2016, come riformato ad opera del primo correttivo di cui al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56⁵⁰, ha decisamente valorizzato i CAM: l'art. 34, riguardante la sostenibilità energetica ed ambientale, ora richiede l'inserimento nella documentazione progettuale e di gara “*almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali*”⁵¹ contenute nei CAM: si tratta di un obbligo applicabile agli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell'ambito del Piano d'azione. Pertanto, tutte le amministrazioni sono tenute ad applicare i CAM⁵² nei settori merceologici in cui sono stati già definiti⁵³. I d.m. e relativi allegati fanno parte integrante del bando di gara al fine di disciplinare la corretta partecipazione degli operatori economici; la

essere monetizzati e controllati”. In argomento v. L. DE PAULI, *I “costi del ciclo di vita” nel nuovo codice degli appalti*, in *Urb. e app.*, 2016, 630; il tema sarà affrontato più compiutamente *infra*.

49 Il medesimo obbligo, seppur limitato al cinquanta per cento del valore del contratto, era previsto per altri settori come il servizio rifiuti, cartucce per stampanti e toner, verde pubblico, carta, ristorazione, pulizia, prodotti tessili, arredi per ufficio.

50 La formulazione originaria del Codice del 2016 aveva riproposto la distinzione tra settori in cui i CAM dovevano applicarsi al cento per cento del valore del contratto e settori in cui dovevano applicarsi al cinquanta per cento. Nella relazione illustrativa al decreto correttivo si afferma che “*Si ritiene opportuno eliminare il riferimento all'obbligo di introdurre specifiche tecniche e clausole contrattuali per un valore “parziale”. La formulazione che si intende modificare genera confusione e interpretazioni differenti, soprattutto nel settore degli appalti di servizi, ma anche nel caso di appalti di forniture, specie laddove le stazioni appaltanti sono tenute ad approvvigionarsi da convenzioni effettuate da centrali di committenza e non possono tecnicamente suddividere l'appalto prevedendo prodotti con caratteristiche diverse. Inoltre, per le forniture, si sottolinea una importante criticità derivante dal fatto che si genera un divario di trattamento tra destinatari di prodotti verdi (per esempio con minori emissioni anche di sostanze pericolose in fase di uso) e destinatari con prodotti privi di tali caratteristiche*”.

51 Si rinvia a T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 24 aprile 2020, n. 685, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui la locuzione “*clausole contrattuali*” dell'art. 34 del Codice dei contratti deve comprendere anche tutte le previsioni contenute nei CAM e capaci di conformare e contenere l'autonomia e la libertà negoziale dell'amministrazione e delle imprese partecipanti già a partire dal momento del loro primo contatto. Deve quindi intendersi nel senso di imporre l'inclusione nella *lex specialis* di tutte le previsioni contenute nei CAM “*che concretamente incidono sulla piena e consapevole formazione della volontà negoziale*”. Perciò, nei settori in cui sono stati definiti i CAM l'individuazione e la determinazione delle regole di gara non può essere riconosciuta come espressione di discrezionalità amministrativa perché costituisce la mera applicazione della disciplina ministeriale.

52 Si rinvia a L. VENTURA, *Public procurement e sostenibilità. Convergenze trasversali dei sistemi giuridici contemporanei*, in *Dir. comm. int.*, 2020, 243 ss., laddove, oltre a rilevare che l'Italia è uno Stato *leader* all'interno dell'Unione Europea nel recepimento della normativa sul GPP, afferma che il legislatore ha scelto di imporre l'obbligo di inserimento dei CAM, mentre la disciplina europea lascerebbe ampia discrezionalità alle pubbliche amministrazioni nella definizione dei requisiti ambientali.

53 Sul contratto stipulato in violazione dei CAM potrebbe intervenire anche l'ANAC sulla base della legittimazione di cui all'art. 211 del Codice dei contratti pubblici. In merito si rinvia a F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno stato circolare?*, in *Dir. amm.*, 2017, 163.

presentazione di offerte non conformi ai criteri giustifica l'esclusione del concorrente⁵⁴. La giurisprudenza amministrativa ha altresì chiarito che i CAM riguardano specifiche strettamente attinenti al contenuto dell'offerta tecnica, la cui documentazione non ammette possibilità di soccorso istruttorio, in base a quanto dispone l'art. 83, comma IX, del Codice dei contratti pubblici⁵⁵. Si tenga conto, infine, che la stazione appaltante può prevedere e applicare criteri premiali per l'offerta tecnica caratterizzata da requisiti ambientali della prestazione superiori a quelli minimi di cui ai CAM, da considerarsi alla stregua di un variante migliorativa⁵⁶.

Ad oggi risultano approvati e vigenti i CAM per la maggior parte delle categorie merceologiche indicate dal PAN GPP⁵⁷; quelli ancora mancanti sono in corso di adozione ovvero di definizione⁵⁸.

54 T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 4 ottobre 2022, n. 2178, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. V, 5 agosto 2022, n. 6934, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. VI, 18 luglio 2022, n. 6117, in *L'amministrativista*, 6 maggio 2022, afferma la legittimità dell'esclusione dell'impresa che ha presentato un'offerta non conforme ai CAM da applicare nelle procedure per l'affidamento di servizi di pulizia e per la fornitura di prodotti per l'igiene di cui al D.M. 24 maggio 2021. In termini v. Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2022, n. 3197, in *L'amministrativista*, 6 maggio 2022, afferma l'obbligatorietà di applicare i CAM di cui al d.m. 17 maggio 2018 in materia di calzature da lavoro (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 2 agosto 2021, n. 9140 e Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2021, n. 972, in www.giustizia-amministrativa.it). Ancor più di recente si vedano Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2022, n. 9879 e Cons. Stato, sez. III, 14 ottobre 2022, n. 8773, in www.lexitalia.it.

55 T.A.R., Toscana, Firenze, sez. III, 20 febbraio 2020, n. 225; Cons. Stato, sez. VI, 9 aprile 2019, n. 2344; Cons. Giust. amm. Reg. Sicilia, 5 novembre 2018, n. 701, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

56 Cons. Stato, sez. V, 18 marzo 2019, n. 1748, in www.giustizia-amministrativa.it. Si rinvia alla determinazione ANAC del 21 settembre 2016, n. 1005, di approvazione delle Linee guida n. 2 sull'offerta economicamente più vantaggiosa: "*i criteri di valutazione definiti dalla stazione appaltante tengono anche conto dei criteri ambientali minimi (CAM) adottati con decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare; a tal fine, i criteri di valutazione prevedono l'attribuzione di specifici punteggi qualora vengano proposte condizioni superiori a quelle minime previste dai CAM con riferimento alle specifiche di base e alle clausole contrattuali/condizioni di esecuzione o siano proposte le condizioni previste, nell'ambito dei predetti CAM, dalle specifiche tecniche premianti*".

57 Si vedano i CAM su: fornitura, servizio di noleggio e servizio di estensione della vita utile di arredi per interni (d.m. 23 giugno 2022, n. 254); servizi di progettazione e affidamento di lavori per interventi edilizi (d.m. 23 giugno 2022 n. 256); servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani, del servizio di pulizia e spazzamento stradale, della fornitura dei relativi veicoli e dei contenitori e sacchetti per la raccolta dei rifiuti urbani (d.m. 23 giugno 2022 n. 255); servizio di pulizia e sanificazione di edifici e ambienti ad uso civile, sanitario e per i prodotti detergenti (d.m. 29 gennaio 2021, n. 519); forniture e noleggio di prodotti tessili, ivi inclusi mascherine filtranti, dispositivi medici e dispositivi di protezione individuale (d.m. 30 giugno 2021); acquisto, leasing, locazione, noleggio di veicoli adibiti al trasporto su strada e per i servizi di trasporto pubblico terrestre, servizi speciali di trasporto passeggeri su strada (d.m. 17 giugno 2021); servizio di gestione del verde pubblico e fornitura prodotti per la cura del verde (d.m. 10 marzo 2020, n. 63); servizio di ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari (d.m. n. 65 del 10 marzo 2020); servizio di lavaggio industriale e noleggio di tessili e materasseria (approvato con d.m. 9 dicembre 2020); servizio di stampa gestita, servizio di noleggio di stampanti e di apparecchiature multifunzione per ufficio e acquisto o il leasing di stampanti e di apparecchiature multifunzione per ufficio (d.m. 17 ottobre 2019); forniture di cartucce toner e cartucce a getto di inchiostro e per il servizio integrato di raccolta di cartucce esauste, preparazione per il riutilizzo e fornitura di cartucce di toner e a getto di inchiostro (d.m. 17 ottobre 2019); servizio di illuminazione pubblica (d.m. 28 marzo 2018); forniture di calzature da lavoro non DPI e DPI, articoli e accessori in pelle (approvato con d.m. 17 maggio 2018); acquisizione di sorgenti luminose per illuminazione pubblica, acquisizione di apparecchi per illuminazione pubblica, servizio di progettazione di impianti per illuminazione pubblica (d.m. 27 settembre 2017); acquisto di articoli per l'arredo urbano (d.m. 5 febbraio 2015); forniture di ausili per l'incontinenza (d.m. 24 dicembre 2015); acquisto di carta per copia e carta grafica (d.m. 4 aprile 2013); servizi energetici per gli edifici, servizio di illuminazione e forza motrice, servizio di riscaldamento/raffrescamento (d.m. 7 marzo 2012).

58 L'elenco aggiornato dei CAM vigenti e di quelli in corso di approvazione è consultabile nel sito del Ministero dell'Ambiente.

I CAM assumono rilevanza anche al di fuori del contesto di determinazione delle caratteristiche tecniche della prestazione. Essi devono essere tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (v. oltre Par. V). Oltre a ciò, il Codice prevede un ruolo importante dell'ANAC⁵⁹ che è incaricata di adottare bandi-tipo che contengono i criteri ambientali minimi al fine di agevolare l'attività delle stazioni appaltanti, ma anche al fine di uniformarne le condotte (art. 71). Attraverso la sezione centrale del suo Osservatorio, l'ANAC deve monitorare sull'applicazione dei criteri ambientali minimi e sul raggiungimento degli obiettivi prefissati dal Piano d'azione per la sostenibilità dei consumi nel settore della pubblica amministrazione (art. 213, comma IX)⁶⁰.

La vocazione del PAN GPP è ampia e globale: al di là della determinazione dei CAM nei settori merceologici individuati e dal loro recepimento nelle singole procedure di gara, esso si propone di integrare il GPP in tutta l'attività negoziale delle pubbliche amministrazioni.

A questo scopo, il PAN fornisce indicazioni organizzative e funzionali destinate a tutte le stazioni appaltanti per orientarle ad intraprendere politiche di acquisto eco-sostenibili: innanzitutto, ogni acquirente pubblico dovrebbe procedere all'effettuazione di analisi preliminari sulle necessità, per determinare quelle effettive in ragione di una generale razionalizzazione dei consumi; dovrebbe redigere un piano interno per il GPP, per fissare gli obiettivi e le modalità applicative, nonché per individuare i servizi interni coinvolti nella strategia del GPP definita. Con ciò ciascuna pubblica amministrazione dovrebbe verificare che il personale presente negli uffici coinvolti sia adeguatamente formato. Infine, è richiesto il monitoraggio costante sull'effettiva applicazione del GPP ed una verifica in termini di efficacia delle azioni intraprese.

Il PAN, dunque, richiede alle singole amministrazioni di dotarsi di una strategia e di un'organizzazione adeguata alle azioni da intraprendere e di gestire l'attività negoziale, a partire dalla predisposizione della gara sino all'esecuzione del contratto, in modo da assicurare il perseguimento degli obiettivi ambientali.

59 Sulle funzioni svolte dall'ANAC si rinvia a M. RICCIARDO CALDERARO, *La vigilanza e la regolazione nel Codice dei contratti pubblici: il controverso ruolo dell'ANAC*, in C.E. GALLO, *Autorità e consenso nei contratti pubblici, Dalle Direttive del 2014 al Codice del 2016*, Torino, Giappichelli, 2017, 181; N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 2016; G.M. RACCA, *Dall'autorità sui contratti pubblici all'autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. amm.* 2015, 349.

60 Il sistema dei CAM trova conferma e valorizzazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici in approvazione; il testo dello schema definitivo del 7 dicembre 2022 riconosce l'importanza dei CAM e richiede la loro crescente implementazione da parte delle stazioni appaltanti: l'art. 57, che regola i criteri di sostenibilità ambientale ed energetica nei bandi e negli avvisi di gara, prevede che le stazioni appaltanti contribuiscano al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, "almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica". La previsione conferma altresì che i CAM devono essere tenuti in considerazione anche ai fini della redazione dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'elaborazione della pianificazione del GPP pare indispensabile: se l'ente non ha adottato una strategia generale da attuare nel medio periodo appare improbabile che l'ufficio chiamato a gestire le procedure negoziali applichi spontaneamente misure di acquisto sostenibile.

5. Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'art. 95 del Codice dei contratti pubblici

La definizione di “offerta economicamente più vantaggiosa” è attualmente⁶¹ contenuta nell'art. 95, comma II del Codice dei contratti pubblici del 2016, che così recita: *“Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici, le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono all'aggiudicazione degli appalti e all'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente all'articolo 96”*.

Tale disposizione, sebbene mutuata pressoché letteralmente dalle Direttive di cui il Codice costituisce recepimento⁶², presenta una sintassi complessa e farragিনosa, che ne complica l'interpretazione e ne cela, allo stesso tempo, la portata innovativa.

Vale quindi la pena fare un passo indietro ed effettuare una comparazione con la disciplina previgente. Com'è noto, il Codice del 2006 delineava una distinzione netta tra il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, da un lato, e quello del prezzo più basso, dall'altro. Tale distinzione era esplicitata dall'art. 81, comma I, la cui formulazione era appunto basata sull'alternatività tra i due criteri, e sulla connessa attribuzione alla stazione appaltante di un ampio margine di discrezionalità nella scelta dell'uno o dell'altro⁶³.

All'interno di tale sistema “dualistico”, imperniato cioè sul fronteggiarsi di due criteri diversi e non riconducibili a unità, l'art. 83, comma I del menzionato Codice del 2006 disciplinava l'offerta economicamente più vantaggiosa come uno strumento che potesse consentire alla stazione appaltante di valutare, oltre al prezzo, anche altri aspetti dell'offerta, sommariamente riconducibili alla generica nozione di “qualità” della prestazione; si poteva trattare, a seconda dei casi, di caratteristiche afferenti alle soluzioni tecniche, alla funzionalità, all'estetica, alla durabilità, ecc.

61 È opportuno segnalare che il secondo comma dell'art. 95 qui in commento risulta traslato, senza sostanziali modifiche, all'art. 108, comma I della già menzionata bozza del nuovo Codice dei contratti pubblici.

62 Art. 67 della Direttiva n. 24/2014/UE (settori ordinari); art. 82 della Direttiva n. 25/2014/UE (settori speciali).

63 Cfr. A. ZITO, *Commento all'art. 81*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013, 1071.

La previsione dei due criteri di aggiudicazione, di cui uno basato (anche) su elementi qualitativi, replicava peraltro uno schema già noto e presente nella legislazione italiana. Già la l. 11 febbraio 1994, n. 109 prevedeva infatti i due criteri suddetti, pur senza porli, soprattutto per gli appalti di lavori, sullo stesso piano⁶⁴. Ma, in verità, persino il risalente r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 delineava i prodromi dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sancendo, in certi casi, la possibilità di aggiudicare l'appalto seguendo logiche diverse dalla mera comparazione matematica delle sole offerte economiche⁶⁵.

Al radicamento del dualismo prezzo più basso/offerta economicamente più vantaggiosa ha poi contribuito anche la dottrina, mediante una produzione scientifica quantitativamente (e qualitativamente) notevole, specie se rapportata alla particolare specificità del tema⁶⁶.

Orbene, a fronte di tale brevissimo riepilogo, può essere più agevolmente apprezzata la portata innovativa insita nell'art. 95 del nuovo Codice.

La “nuova” offerta economicamente più vantaggiosa, infatti, non è più soltanto quella individuata sulla base della valutazione e ponderazione degli elementi economici (il prezzo) e di quelli qualitativi (la qualità,

64 Cfr. in particolare, l'art. 21 della l. 11 febbraio 1994, n. 109. È comunque opportuno ricordare che – come correttamente osserva, ad esempio, R. DE NICTOLIS in R. GAROFOLI-M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005, 701 – la Corte di Giustizia sancì l'illegittimità della suddetta legge proprio nella parte in cui, nelle procedure aperte e ristrette, non consentiva alla stazione appaltante di scegliere liberamente il criterio di aggiudicazione. In generale, in ordine alla tendenza del legislatore italiano a preferire il criterio del prezzo più basso, valgono le seguenti considerazioni di L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi su “La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione”, Varenna 17-19 settembre 2015: “Nell'ordinamento italiano [...] prevale la sfiducia tanto verso le amministrazioni come verso gli operatori. La discrezionalità delle amministrazioni è vista sempre come possibile fonte di arbitrio e di favoritismi: di qui la preferenza per l'automatismo – il prezzo più basso, l'esclusione automatica, la verifica mediante mero calcolo – rispetto alla libertà di scelta. Il procedimento di formazione della volontà dell'amministrazione non può, secondo questo approccio, essere rimesso alla negoziazione, ma deve essere controllato e doppiato mediante adempimenti formali e tipici”. Anche M. ANDREIS (*Criteri di aggiudicazione*, in C.E. GALLO (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici*, Torino, 2017, 101) osserva: “Per tutto il secolo scorso il criterio dominante nel nostro ordinamento è stato quello del prezzo più basso, in ciò agevolato dalla tradizionale stretta correlazione tra procedure di scelta del contraente, oggetto del contratto di appalto e criteri di aggiudicazione”.

65 Cfr., in particolare, gli artt. 3 e 4 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440; si vedano altresì gli artt. 63 ss. del r.d. 23 maggio 1924, n. 827.

66 Cfr., tra i tanti contributi e limitandosi a quelli “ante” Codice del 2016: M. PIGNATTI, *Le metodologie per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2013, 6, 1526; M. MATTALIA, *L'offerta economicamente più vantaggiosa e l'applicazione della formula matematica prevista dal disciplinare di gara*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2010, 11, 2400; R. CAPONIGRO, *La motivazione della scelta del contraente negli appalti aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2008, 9, 2631; A. ANNIBALI, *Requisiti di idoneità e criteri di aggiudicazione dell'offerta*, in *Urb. e app.*, 2010, 2, 201; C. LAMBERTI, *Precisazioni in tema di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Urb. e app.*, 2007, 11, 1332; M. LIPARI, *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Urb. e app.*, 2007, 1, 7; L. MICONI, *I criteri di aggiudicazione nel nuovo Codice sui contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture: la individuazione delle offerte anomale e fenomeni di turbativa delle gare*, in *Giust. amm.*, 2007, 4, 755; S. PONZIO, *Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e la valutazione in termini numerici delle offerte*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2006, 2, 488; A. CERCHIA, *Offerta economicamente più vantaggiosa, metodi c.d. «multicriterio» e determinazione dei criteri di valutazione*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2006, 2, 334; C. LAMBERTI, *I criteri di aggiudicazione possono essere integrati ma non modificati dalle commissioni di gara*, in *Urb. e app.*, 2006, 4, 399; M. GRECO, *L'equivalenza dei criteri di aggiudicazione ed i riflessi sulla definizione della prestazione contrattuale*, in *App. e contr.*, 2006, 7, 22; G. FAILLA, *L'equivalenza dei criteri di aggiudicazione ed i riflessi sulla definizione della prestazione contrattuale*, in *Riv. trim. app.*, 2006, 4, 847; C. LACAVA, *La libertà di scelta dei criteri di aggiudicazione per le Amministrazioni*, in *Gior. dir. amm.*, 2005, 2, 133; P. FALLETTA, *Discrezionalità della p.a. e criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2005, 4, 1157.

variamente intesa), ma anche quella individuata solo sulla base del prezzo. Ciò si evince senza particolari incertezze – pur nella già segnalata confusione sintattica – dall'utilizzo della congiunzione “o”: *“le stazioni appaltanti [...] procedono all'aggiudicazione degli appalti [...] sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente all'articolo 96”*.

Se il legislatore scrive che “l'offerta economicamente più vantaggiosa” deve essere individuata “sulla base del miglior rapporto/qualità prezzo”, o “sulla base dell'elemento prezzo” o “[sulla base] del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia ecc.”, ciò non può che voler dire che anche gli appalti aggiudicati sulla sola base del prezzo (o dell' “elemento prezzo”, volendo attenersi al lessico legislativo) debbono essere considerati appalti aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il che equivale ad affermare che la nuova offerta economicamente più vantaggiosa, di fatto, costituisce ormai l'unico criterio di aggiudicazione esistente, avendo inglobato anche ciò che prima veniva definito “criterio del prezzo più basso”.

Tale tesi è corroborata anche dai “considerando” nn. 89 e 90 in epigrafe alla Direttiva n. 24/2014/UE⁶⁷. In particolare, il considerando n. 89 spiega come sia necessario addivenire ad una nuova definizione di offerta economicamente più vantaggiosa, proprio in ragione dell'ambiguità della definizione previgente. In fondo – questo è il ragionamento del legislatore europeo – qualsiasi aggiudicazione (quand'anche effettuata guardando solo al prezzo) premierà, in ultima analisi, l'offerta “più vantaggiosa” per la stazione appaltante dal punto di vista economico⁶⁸. Quel che può mutare è soltanto il concreto contenuto del *vantaggio* conseguito dall'Amministrazione e, più in generale, dalla collettività: potrà trattarsi di un mero

67 Come emerge dalla “Guida pratica Comune del Parlamento Europeo, del Consiglio e della Commissione per la redazione dei testi legislativi dell'Unione Europea” (documento ufficiale redatto dai servizi giuridici delle istituzioni europee, reperibile sul portale eur-lex.europa.eu), i “considerando” costituiscono la motivazione del provvedimento normativo: “I «considerando» contengono la motivazione dell'atto e si inseriscono tra i «visto» e l'articolo. [...] La motivazione dei regolamenti, delle direttive e delle decisioni è obbligatoria. Essa ha lo scopo di informare tutti gli interessati sulle circostanze in cui l'autore ha esercitato la competenza relativa all'adozione dell'atto, nonché di dare alle parti delle eventuali controversie la possibilità di tutelare i propri diritti e alla Corte di giustizia dell'Unione europea di esercitare il proprio controllo”. Appare pertanto corretto utilizzare i suddetti “considerando” quale principale ausilio nell'attività esegetica delle disposizioni contenute nell'atto normativo stesso.

68 Considerando n. 89, direttiva 24/2014/UE: “La nozione di criteri di aggiudicazione è fondamentale per la presente direttiva. È pertanto importante che le disposizioni pertinenti siano presentate nel modo più semplice ed efficace possibile. Ciò può essere ottenuto mediante il ricorso al termine «offerta economicamente più vantaggiosa» in quanto concetto prioritario, dal momento che tutte le offerte vincenti dovrebbero essere infine scelte in base a quella che la singola amministrazione aggiudicatrice ritiene essere la migliore soluzione dal punto di vista economico tra quelle offerte. Per evitare confusione con il criterio di aggiudicazione attualmente noto come «offerta economicamente più vantaggiosa» nelle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, occorre utilizzare un termine diverso per tradurre tale concetto, il «miglior rapporto qualità/prezzo»”. Nel successivo Considerando n. 90 si legge altresì: “[...] Occorre stabilire esplicitamente che l'offerta economicamente più vantaggiosa dovrebbe essere valutata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, che dovrebbe sempre includere un elemento relativo al prezzo o al costo. Analogamente occorre precisare che tale valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa potrebbe essere effettuata anche soltanto sulla base del prezzo o di un approccio costo/efficacia. [...] Al fine di incoraggiare maggiormente l'orientamento alla qualità degli appalti pubblici, dovrebbe essere consentito agli Stati membri di proibire o limitare il ricorso al solo criterio del prezzo o del costo per valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa qualora lo ritengano appropriato”.

vantaggio economico nell'immediato (*id est*: minor spesa a parità di lavoro, bene o servizio acquistato), oppure di un vantaggio incidente (anche) sull'ambiente o su altri aspetti. Ma, ciò nondimeno, l'offerta vincente dovrà sempre essere quella *maggiormente vantaggiosa* per l'Amministrazione.

A fronte di ciò, appare imprescindibile una radicale riconsiderazione – tanto lessicale, quanto concettuale – dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che comporti un deciso distacco dal paradigma duale tracciato dalla legislazione previgente.

In altri termini, la dicotomia tra

criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa vs. criterio del prezzo più basso

va oggi ridefinita come segue

criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo vs. criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del solo prezzo.

Ma, in verità, come segnalato dalla dottrina⁶⁹, un'attenta esegesi dell'art. 95 può portare ad estrapolare ben quattro criteri alternativi di aggiudicazione, ovverosia quattro sotto-tipi dell'offerta economicamente più vantaggiosa: il prezzo più basso, il costo più basso (sul quale ci si soffermerà nel successivo paragrafo), il miglior rapporto qualità/prezzo, e, infine, la migliore qualità, con un prezzo fisso e invariabile determinato direttamente dalla *lex specialis*.

Si tratta, pertanto, di un totale mutamento di prospettiva.

Occorre comunque osservare che la suddetta innovativa ri-definizione non è stata del tutto assimilata neppure dallo stesso legislatore nazionale; è infatti possibile riscontrare, tanto nel Codice del 2016 quanto in altre disposizioni, evidenti “tracce” della vecchia impostazione.

Ci si riferisce, ad esempio, al comma IV dell'art. 95, ove vengono delineate le ipotesi in cui è possibile ricorrere al “*criterio del minor prezzo*” (che coincide con il vecchio criterio del prezzo più basso).

Identica ambiguità si ravvisa al comma IX-*bis* dell'art. 36, in materia di contratti sotto soglia. In quest'ultima disposizione, aggiunta nel 2019 dal c.d. Decreto Sblocca-cantieri⁷⁰, il criterio del prezzo più basso – che, come detto, dovrebbe ormai ritenersi scomparso – viene posto in contrapposizione proprio con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

⁶⁹ Cfr. F. CARDARELLI, *Criteri di aggiudicazione*, in M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. III, Milano, 2019, 534.

⁷⁰ D.l. 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. Decreto Sblocca-cantieri).

Una confusione terminologica ancor maggiore connota poi l'art. 1, comma III del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. Decreto Semplificazioni): qui la dicotomia viene riproposta tale e quale, senza neppure adeguarsi al nuovo lessico del Codice del 2016, ossia menzionando non il criterio del “minor prezzo” ma quello del “prezzo più basso”.

E, ancora, si può menzionare l'art. 97, comma II *bis* del Codice⁷¹, che disciplina la verifica delle offerte anormalmente basse “*quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso*”.

Il rischio di un impreciso recepimento delle nuove nozioni europee, d'altronde, era stato chiaramente evocato dal Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema del decreto legislativo recante il Codice dei contratti⁷². Nel commentare l'art. 95, era stata infatti segnalata sia la non corrispondenza tra la nuova offerta economicamente più vantaggiosa “italiana” e quella definita dal nuovo pacchetto di direttive europee, sia la necessità di adeguare a tale novità il lessico del disegno di legge, così da evitare incongruenze e problemi di coordinamento tra le norme.

Il monito, come si è visto, non è stato del tutto accolto, e ciò a testimonianza, forse, di una certa ritrosia del legislatore nazionale rispetto a un pieno adeguamento alle norme sovranazionali⁷³.

Ad ogni modo, provando a fotografare la situazione attuale, nella normativa italiana coesistono la “nuova” offerta economicamente più vantaggiosa così come definita dalle direttive (posto che, lo si ripete, il secondo comma dell'art. 95 del Codice coincide con le omologhe disposizioni delle direttive) ed il minor prezzo, spesso citato come criterio autonomo e talvolta denominato ancora “prezzo più basso”⁷⁴.

In tale quadro, piuttosto nebuloso, è necessario rimarcare che, come è stato sottolineato dalla stessa giurisprudenza⁷⁵, l'impostazione originaria del Codice del 2016 sembrava relegare l'aggiudicazione al prezzo più basso ad un ruolo residuale, aprendo anzi all'ipotesi diametralmente opposta, ossia ad appalti

71 Il comma II-*bis* è stato aggiunto dall'art. 1, comma XX del d.l. 32/2019.

72 Si tratta del parere n. 855/2016 del 1° aprile 2016.

73 In base ai dati statistici disponibili, l'Italia si colloca ai primi posti tra i Paesi dell'Unione Europea per numero di procedure di infrazione, seppur con una graduale tendenza positiva negli ultimi anni: cfr. i dati pubblicati dalla Fondazione Openpolis in uno studio datato 29 marzo 2021 (<https://www.openpolis.it/infrazioni-europee-migliora-ancora-la-posizione-dellitalia/>).

74 È auspicabile che le incongruenze possano essere risolte nel contesto della nuova riforma degli appalti attualmente *in itinere*. Occorre tuttavia osservare che la già citata legge delega (l. 78/2022) contiene anch'essa delle imprecisioni: ad esempio, alla lettera v) del secondo comma dell'art. 1, laddove l'offerta economicamente più vantaggiosa è evocata ancora nella vecchia accezione.

75 Cfr. Cons. Stato, Ad. Pl., 21 maggio 2019, n. 8, in *Foro amm.*, 2019, 5, 790: “*dall'analisi dell'art. 95 del codice dei contratti pubblici si ricava che nell'ambito della generale facoltà discrezionale nella scelta del criterio di aggiudicazione, a sua volta insita nell'esigenza di rimettere all'amministrazione la definizione delle modalità con cui soddisfare nel miglior modo l'interesse pubblico sotteso al contratto da affidare, le stazioni appaltanti sono nondimeno vincolate alla preferenza accordata dalla legge a criteri di selezione che abbiano riguardo non solo all'elemento prezzo, ma anche ad aspetti di carattere qualitativo delle offerte. [...] La preferenza attribuita dal codice dei contratti pubblici a criteri non basati sul solo elemento del prezzo è poi coerente con i principi e criteri direttivi previsti dalla legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, per l'attuazione delle direttive sugli appalti pubblici del 2014, tra cui la direttiva europea 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, sui contratti di appalto pubblico*”.

aggiudicati solo in base a criteri qualitativi, con il prezzo (o il costo) prefissato a monte nella *lex specialis* e non oggetto di offerte al ribasso⁷⁶.

In tal modo, sembrava effettivamente giunto a compimento una sorta di ribaltamento rispetto all'assetto della normativa italiana ante-Codice che, come già detto, era imperniata sul criterio del prezzo più basso. Anche questa conclusione, tuttavia, a distanza di sei anni dall'entrata in vigore del Codice, non può ritenersi definitiva.

La già descritta tendenza formale/lessicale a replicare il noto schema dei due criteri alternativi tra loro, è infatti andata di pari passo con l'introduzione di disposizioni volte ad espandere in misura considerevole le possibilità di aggiudicare gli appalti al prezzo più basso.

Si rammenta che, in base alla prima formulazione dell'art. 95, comma IV, l'aggiudicazione al minor prezzo poteva avvenire soltanto in tre ipotesi tassative: lavori di valore inferiore al milione di euro, aggiudicati sulla base del progetto esecutivo (lettera A); servizi e forniture di contenuto standardizzato o a condizioni definite dal mercato (lettera B); servizi e forniture sotto soglia caratterizzate da elevata ripetitività, ad eccezione di quelle ad alto contenuto tecnologico o con carattere innovativo (lettera C).

Dopo una prima modifica del 2017, mediante la quale il legislatore aveva ampliato l'ambito applicativo delle fattispecie di cui alle lettere A e C, nel 2019 si è assistito, ad opera del citato Decreto Sblocca-cantieri, all'abrogazione di entrambe, mantenendo in vigore soltanto la lettera B (cioè quella inerente le forniture e i servizi di tipo standardizzato).

Con la successiva legge di conversione del suddetto d.l., è stata poi modificata anche quest'ultima ipotesi, escludendo dal novero i contratti ad alta densità di manodopera.

Ma soprattutto, come già accennato, il medesimo d.l. 32/2019 ha introdotto, all'art. 36 del Codice, il comma IX-*bis*, disposizione che (re)introduce la piena fungibilità tra i due criteri per quasi tutti i contratti sotto soglia⁷⁷.

Analoga tendenza si ravvisa anche nella legislazione successiva all'insorgere della pandemia. Nel d.l. 16 luglio 2020, n. 76, ad esempio, la fungibilità dei due criteri è stata estesa anche ad intere categorie (peraltro,

⁷⁶ Art. 67, comma II, Direttiva n. 24/2014/UE; art. 95, comma VII, d.lgs. 50/2016. Per una disamina del nuovo istituto delle procedure "a prezzo fisso", cfr. G.C. FIGUERA, *Offerta economicamente più vantaggiosa e nuovo criterio "del prezzo o costo fisso"*, in *Urb. e app.*, 2022, 2, 240.

⁷⁷ Rimangono esclusi i soli contratti di importo pari o superiore a 40.000 euro per i quali l'art. 95, comma III impone comunque la comparazione qualità/prezzo, ossia: i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera; i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale; i contratti di servizi e le forniture caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo. Una norma di analogo tenore si ritrova all'art. 50, comma IV della bozza del nuovo Codice dei contratti pubblici.

decisamente ampie) di appalti sopra soglia⁷⁸. Si tratta di una disciplina transitoria, ma destinata a restare in vigore, al netto di eventuali future proroghe ulteriori, per oltre un triennio⁷⁹.

È semplice intuire, dietro a tali disposizioni, la convinzione del legislatore che il ricorso al criterio del prezzo più basso possa accelerare i tempi di aggiudicazione degli appalti. Pare anzi che, di fatto, alla stazione appaltante venga suggerito di preferire questo criterio ogniqualvolta sia tecnicamente possibile; e tale spinta risulta viepiù rafforzata dalla previsione di un'apposita fattispecie di responsabilità erariale in capo al r.u.p. nel caso di mancato rispetto del termine di sei mesi tra l'avvio dell'appalto e la sua aggiudicazione⁸⁰.

6. I “costi del ciclo di vita” ed il relativo criterio di aggiudicazione.

Un'altra fondamentale innovazione del Codice dei contratti pubblici del 2016 è consistita nell'introduzione delle nozioni di “ciclo di vita” (art. 3, comma I, lettera HHHH) e di “costi del ciclo di vita” (art. 96)⁸¹.

78 Cfr. art. 2, comma IV, d.l. 76/2020: “Nei casi di cui al comma 3 e nei settori dell'edilizia scolastica, universitaria, sanitaria, giudiziaria e penitenziaria, delle infrastrutture per attività di ricerca scientifica e per la sicurezza pubblica, dei trasporti e delle infrastrutture stradali, ferroviarie, portuali, aeroportuali, lacuali e idriche, ivi compresi gli interventi inseriti nei contratti di programma ANAS-Mit 2016-2020 e RFI-Mit 2017-2021 e relativi aggiornamenti, nonché per gli interventi funzionali alla realizzazione del Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC), e per i contratti relativi o collegati ad essi, per quanto non espressamente disciplinato dal presente articolo, le stazioni appaltanti, per l'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, e per l'esecuzione dei relativi contratti, operano in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, dei principi di cui agli articoli 30,34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e delle disposizioni in materia di subappalto. Tali disposizioni si applicano, altresì, agli interventi per la messa a norma o in sicurezza degli edifici pubblici destinati ad attività istituzionali, al fine di sostenere le imprese ed i professionisti del comparto edile, anche operanti nell'edilizia specializzata sui beni vincolati dal punto di vista culturale o paesaggistico, nonché di recuperare e valorizzare il patrimonio esistente”. L'ampissima portata derogatoria di tale disposizione è stata interpretata dalla giurisprudenza nel senso di consentire il ricorso al criterio del minor prezzo in luogo della comparazione costo/qualità (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 12 aprile 2022, n. 825, in www.giustizia-amministrativa.it).

79 In base al primo comma dell'art. 2 del d.l. 76/2020, infatti, la relativa disciplina deve essere applicata a tutte le procedure la cui determina a contrarre sia stata adottata entro il 30 giugno 2023.

80 Cfr. art. 2, comma I, d.l. 76/2020. Occorre peraltro sottolineare che quest'ultima norma, nel sanzionare l'inerzia del r.u.p. nel far avanzare celermente la procedura di gara, si pone in coerenza con un'altra innovativa norma del medesimo decreto in tema di responsabilità erariale: ossia l'art. 21, comma II, chiaramente improntato al favor verso il dipendente pubblico “attivo” e alla corrispondente penalizzazione di quello omissivo. Sul tema, sia consentito rinviare a G. CREPALDI, *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa prima e dopo il decreto semplificazioni*, in *Resp. civ. e prev.*, 2021, 1, 23 ss..

81 Nella bozza del nuovo Codice dei contratti pubblici, le norme contenute nell'art. 96 dell'attuale Codice risultano riproposte (con alcune differenze per lo più formali) nell'allegato II.8, comma III. La definizione di “ciclo di vita” di cui all'attuale art. 3, comma I, lettera HHHH è stata invece abbandonata. Per contro, il legislatore ha introdotto, all'art. 3 dell'allegato I.1, la nuova nozione di “ciclo di vita del contratto pubblico”, altrove menzionata (cfr. art. 21 della bozza) come “ciclo di vita digitale dei contratti pubblici”. In base alla nuova disposizione definitoria, per ciclo di vita del contratto si deve intendere “l'insieme delle attività, anche di natura amministrativa e non contrattuale, che ineriscono alla programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione del contratto”. Tale nozione non è coincidente, all'evidenza, con quella di ciclo di vita dell'opera/prodotto, facendo invece riferimento all'attività amministrativa connessa alle varie fasi del contratto nonché all'obiettivo di digitalizzare tutte le suddette fasi. In buona sostanza, nel nuovo impianto codicistico

Il tema è strettamente connesso a quello, appena affrontato, dell'offerta economicamente più vantaggiosa: l'art. 95 dispone infatti che tale offerta possa essere *“individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita”*.

Orbene, per “ciclo di vita” si intende l'insieme di tutte le fasi della vita di un prodotto o servizio, a partire dalla ricerca e sviluppo e dalla acquisizione delle materie prime, sino allo smaltimento, passando per la produzione e il trasporto.

Più complessa appare la definizione dei “costi del ciclo di vita”.

L'art. 96 contiene, a tal proposito, un'elencazione di costi raggruppati in due macro-categorie: costi sostenuti dall'Amministrazione aggiudicatrice ovvero da altri utenti (costi di acquisizione; costi di utilizzo, ivi compreso il consumo di energia o altre risorse; costi di manutenzione; costi legati al fine vita), e costi imputati a esternalità ambientali (ad esempio l'emissione di gas serra), purché ne possa essere stimato il valore monetario.

Si noti che, in base alla suddetta disposizione, i costi del ciclo di vita possono comprendere anche solo una parte delle varie tipologie di costi menzionate in elenco. Il criterio di aggiudicazione basato sui costi del ciclo di vita può quindi essere modulato ricomprendendo solo alcuni dei costi indicati dalla norma; in tal modo, il medesimo criterio potrà risultare, a seconda dei casi, più o meno complesso ed articolato.

In ogni caso, la formulazione testuale dell'art. 96 del Codice porta a ritenere, a giudizio di chi scrive, che la nozione di “costo del ciclo di vita” abbia natura fondamentalmente quantitativa, e non necessariamente connessa al principio di tutela ambientale.

In altri termini, appare plausibile ipotizzare una metodologia di calcolo del costo del ciclo di vita di un prodotto o servizio che risulti scevra da considerazioni ambientali e sia invece improntata al mero risparmio economico.

Il novantaseiesimo “considerando” della Direttiva n. 24/2014/UE dispone infatti: *“Il concetto [di costo del ciclo vita] abbraccia i costi interni, come le ricerche da realizzare, lo sviluppo, la produzione, il trasporto, l'uso e la manutenzione e i costi di smaltimento finale ma può anche abbracciare costi imputabili a esternalità ambientali ...”*.

Ebbene, se il concetto di costo del ciclo vita “può anche” abbracciare valutazioni di costo legate alle esternalità ambientali, ciò significa che può anche non abbracciarle⁸².

in corso di approvazione si trovano a coesistere i costi del ciclo di vita dell'opera/prodotto (ancora presenti come criterio di aggiudicazione dell'appalto) e gli innovativi costi del ciclo di vita del contratto.

82 È interessante notare che, nei primi atti normativi comunitari in cui si parla di costo del ciclo di vita, lo stesso è chiaramente delineato come nozione a sé stante rispetto alle considerazioni ambientali o sociali connesse all'appalto. Nella comunicazione della Commissione n. 274/2001, costi del ciclo di vita ed esternalità ambientali sono trattati in due paragrafi distinti (rispettivamente il 3.2 *“La possibilità di prendere in considerazione tutti i costi sostenuti nel corso dell'intera esistenza di un prodotto”* e il 3.3 *“La possibilità di tener conto delle esternalità”*). Il progressivo avvicinamento delle due nozioni, sino alla loro (parziale) ibridazione, è un processo successivo.

Il suddetto “considerando” agevola poi l’esegesi del successivo articolato della Direttiva, che, per quel che qui interessa, è stato oggetto di trasposizione pressoché letterale nel Codice dei contratti.

Pertanto, l’art. 96 – laddove, come accennato, dispone che il costo del ciclo vita contiene tutti i costi ivi indicati, ovvero *parti di essi* – non può che essere interpretato nel senso di rendere facoltativa l’inclusione dei costi ambientali nei costi del ciclo vita; e quindi, parallelamente, nel senso di autorizzare la stazione appaltante a elaborare una specifica metodologia di calcolo del costo del ciclo vita del prodotto/servizio che prescindendo dal calcolo delle esternalità ambientali di quello stesso prodotto/servizio.

Detta conclusione è corroborata anche da un altro passaggio del novantaseiesimo “considerando”: *“tranne se la valutazione è basata esclusivamente sul prezzo, le amministrazioni aggiudicatrici possono determinare l’offerta economicamente più vantaggiosa e il costo più basso ricorrendo a un approccio basato sui costi del ciclo di vita”*.

Il suddetto assunto esclude che l’approccio basato sui costi del ciclo di vita possa essere utilizzato in una gara aggiudicata sulla base del solo prezzo; ma, allo stesso tempo, conferma che tale approccio può essere utilizzato in una gara aggiudicata sulla base del costo.

La dicotomia che emerge dalla Direttiva è quindi quella tra costo (del ciclo di vita) e prezzo, due nozioni che debbono – per quanto possibile, a fronte di disposizioni non sempre univoche – essere tenute distinte.

Il criterio del prezzo più basso, come già ricordato, prevede che l’appalto sia aggiudicato tenendo conto solo ed esclusivamente del prezzo offerto dai partecipanti alla gara, cioè del ribasso sulla base d’asta indicata nella *lex specialis* per la prestazione (lavoro, servizio, fornitura) che ne costituisce l’oggetto.

Il criterio del costo del ciclo vita più basso, invece, dovrebbe tener conto, oltre che del prezzo, di tutti gli altri costi legati alla vita utile della prestazione.

Un banale esempio può valere a chiarire la netta differenza tra i due approcci.

Se un’Amministrazione deve aggiudicare un appalto per la fornitura di tubazioni fognarie, a fronte di due tipologie di tubazioni entrambe tecnicamente idonee ad assolvere allo scopo, potrebbe scegliere di premiare non l’offerta connotata dal prezzo (di acquisto) più basso, ma quella con il miglior rapporto tra prezzo, durata e costi di esercizio; e, quindi, potrebbe premiare l’offerente che è in grado di fornire tubazioni più durevoli nel tempo, più semplici ed economiche da smaltire una volta usurate, e con minori costi di manutenzione, quand’anche il mero prezzo di acquisto dovesse risultare superiore rispetto a quello dei concorrenti.

In un siffatto scenario, è evidente come taluni aspetti usualmente ricompresi nella valutazione qualitativa dell’offerta (ossia le caratteristiche del materiale in termini di durabilità o altro) vadano in realtà a rifluire in una valutazione di tipo economicistico, come elementi che influenzano il costo della prestazione nel tempo, e che quindi devono essere annoverati tra i costi del ciclo di vita.

Tale esempio non è che un primo abbozzo, estremamente basico, di criterio del costo più basso basato su un approccio che tenga in considerazione i costi del ciclo vita, vale a dire i costi che il prodotto acquistato è destinato a generare per la stazione appaltante nel corso di tutta la sua vita utile.

Ovviamente, il criterio può essere costruito con metodologie assai più complesse rispetto a quella testé accennata, che siano idonee a coprire, con un livello di dettaglio e precisione molto maggiore, tutti i costi generati dalle varie fasi di vita del prodotto/servizio, ivi compresi i costi di manutenzione, i costi legati all'uso (consumo di energia) e i costi di smaltimento del prodotto una volta dismesso/sostituito.

Ciò nonostante – anche ammesso di includere ogni possibile variabile, così da poter avere una fotografia quanto più possibile fedele di tutti i costi che il contratto effettivamente genererà per l'Amministrazione – non è detto che l'opzione più economica sia, allo stesso tempo, anche quella con i minori impatti ambientali.

È certamente possibile, riagganciandosi all'esempio fatto, che la tubazione più durevole determini un impatto ambientale peggiore di quella meno durevole. In ipotesi, la tubazione più durevole potrebbe essere realizzata con materiali interamente non riciclabili; oppure potrebbe contenere una maggiore quantità di metalli pesanti e/o componenti altamente inquinanti; o, ancora, potrebbe comportare, in fase di produzione, un più elevato dispendio di energia, magari prodotta da fonti non rinnovabili ecc..

Affinché il costo del ciclo di vita venga esteso anche alla valutazione di impatto ambientale, è pertanto necessario che siano espressamente implementati nel medesimo anche i costi connessi alle esternalità ambientali. Tale operazione è certamente consentita – se non addirittura incentivata – dalle suesposte disposizioni del Codice dei contratti e delle Direttive. È indubbio, infatti, che nella normativa europea, seppur con norme e definizioni non sempre univoche, il costo del ciclo di vita assuma massimo rilievo proprio come strumento per coniugare il perseguimento dell'efficienza economica con la tutela dell'ambiente.

Invero, anche in questa ipotesi (cioè quando il costo del ciclo di vita venga declinato come costo del ciclo di vita *ambientale*), si ritiene che la nozione non perda quella connotazione economicistica/quantitativa che già si è avuto modo di evidenziare.

Le disposizioni prevedono infatti che possano essere prese in considerazione le sole esternalità ambientali che risultino quantificabili, determinabili e verificabili nel loro valore monetario: anche l'impatto ambientale, in altre parole, deve essere considerato un *costo* computabile in maniera più o meno precisa. E, sebbene tale voce di costo non debba essere sostenuta dalla stazione appaltante, ma dalla collettività nel suo complesso, la stessa deve essere quantomeno stimabile a priori rispetto alla gara. Si tratta di una precisazione importante ma, tutto sommato, intuitiva: può entrare a far parte del calcolo del costo del

ciclo di vita solo ciò che, a sua volta, costituisce un costo, vale a dire un elemento che può essere soppesato sotto il profilo economico-monetario.

È tuttavia evidente come tale limite possa rappresentare un serio ostacolo all'utilizzo del criterio del ciclo di vita, sia in generale, sia con riferimento alla singola gara.

In generale, alcuni aspetti ambientali certamente meritevoli di tutela rischiano di rimanere esclusi dalla ponderazione, perché difficilmente monetizzabili. Si pensi, ad esempio, alla difesa della biodiversità, tema peraltro oggetto di varie iniziative da parte dell'Unione Europea⁸³. La biodiversità, com'è noto, è oggetto di numerose minacce, tutte connesse alla produzione di beni o comunque all'antropizzazione. Gli effetti deleteri sulla biodiversità cagionati dalla produzione, tuttavia, sono tanto agevolmente intuibili, quanto difficilmente quantificabili in termini monetari⁸⁴. Ma poiché l'impatto di un determinato bene o prodotto sulla biodiversità non è quantificabile, lo stesso – seppur esistente – rischia di non poter essere tenuto in considerazione nel calcolo del costo del ciclo di vita.

Con riferimento alla singola procedura, invece, la necessità di “monetizzare” costituisce una difficoltà ulteriore che deve essere affrontata dalla stazione appaltante. Quest'ultima non potrà limitarsi a individuare le esternalità ambientali e a quantificarle con parametri, per l'appunto, ambientali (ad esempio: i kg di inquinanti immessi nell'aria o nell'acqua), ma dovrà appunto tradurle in un valore monetario. L'operazione appare molto complessa, viepiù in considerazione del fatto che, ad oggi, mancano dei modelli predeterminati a livello comunitario⁸⁵.

83 La Commissione Europea, dal 2001 ad oggi, ha varato e condotto politiche finalizzate alla salvaguardia della biodiversità: cfr. comunicazione 15 maggio 2001, n. 264 (“Sviluppo sostenibile in Europa per un mondo migliore: strategia dell'Unione europea per lo sviluppo sostenibile”); comunicazione 22 maggio 2006, n. 216 (“Arrestare la perdita di biodiversità entro il 2010 e oltre. Sostenere i servizi ecosistemici per il benessere umano”); comunicazione 3 maggio 2011, n. 244 (“La nostra assicurazione sulla vita, il nostro capitale naturale: strategia dell'UE sulla biodiversità fino al 2020”); comunicazione 20 maggio 2020, n. 380 (“Strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030. Riportare la natura nella nostra vita”). Nella più recente comunicazione si pone in evidenza, tra l'altro, la correlazione tra la tutela della biodiversità e la prevenzione dall'insorgenza di nuove malattie, tema (purtroppo) attualissimo: “Per essere sana e resiliente una società deve dare alla natura lo spazio di cui ha bisogno. La recente pandemia di Covid-19 ci insegna quanto mai sia urgente intervenire per proteggere e ripristinare la natura: ci sta facendo prendere coscienza dei legami che esistono tra la nostra salute e la salute degli ecosistemi, oltre a dimostrare la necessità di adottare catene di approvvigionamento e modi di consumo sostenibili che non formino i limiti del pianeta. Tutti questi aspetti evidenziano che il rischio di insorgenza e diffusione delle malattie infettive aumenta con la distruzione della natura”.

84 Nella comunicazione n. 244/2011 si osservava che “L'obiettivo dell'UE in materia di biodiversità per il 2020 si fonda sul riconoscimento che, oltre al valore intrinseco, la biodiversità e i servizi da essa offerti hanno un notevole valore economico che il mercato raramente coglie. Poiché non è facile determinarne il prezzo e non è rispecchiata nei conti sociali, la biodiversità è spesso vittima di opinioni contrastanti quanto alla natura e al suo utilizzo. [...] Sebbene le misure per arrestare la perdita di biodiversità comportino dei costi, tale fenomeno ha un prezzo, per la società tutta e in particolare per gli operatori economici dei settori che dipendono direttamente da servizi ecosistemici. Ad esempio, l'impollinazione entomogama nell'UE ha un valore economico stimato intorno a 15 miliardi di euro all'anno ...”. La Commissione, in realtà, si è posta il problema, come traspare dalla successiva comunicazione n. 380/2020: “Occorre integrare meglio la dimensione della biodiversità nel processo decisionale pubblico e delle aziende, a tutti i livelli. Basandosi sui lavori esistenti, nel 2021 la Commissione elaborerà metodi, criteri e norme tecniche per definire le caratteristiche essenziali della biodiversità, i servizi che fornisce, i valori che racchiude e il suo uso sostenibile. Nell'ambito di questa attività misurerà l'impronta ambientale dei prodotti e delle organizzazioni, usando metodi basati sul ciclo di vita e pratiche contabili per il capitale naturale”.

85 In base all'ultimo comma dell'art. 96 del Codice, “L'allegato XV/III al presente codice contiene l'elenco degli atti legislativi dell'Unione e, ove necessario, degli atti delegati attuativi che approvano metodi comuni per la valutazione del costo del ciclo di vita”.

L'elaborazione di un metodo di calcolo dei costi del ciclo di vita incontra poi, a sua volta, ulteriori limiti, anch'essi individuati dall'art. 96 del Codice: tale metodo, infatti, oltre a dover essere indicato negli atti di gara (in ossequio al principio di trasparenza), dovrà essere basato su criteri oggettivi, verificabili e non discriminatori; dovrà essere accessibile a tutte le parti interessate, ivi compresi gli operatori economici che possono potenzialmente partecipare alla gara; e, infine, dovrà basarsi su dati che possano essere forniti con ragionevole sforzo da operatori economici normalmente diligenti.

Risulterà pertanto illegittimo un criterio di aggiudicazione basato sui costi del ciclo di vita ambientale, qualora tali costi siano calcolati con metodologie astruse, non obiettive, di difficile accessibilità (ad esempio, perché contenute in studi non pubblici o non accessibili), oppure che richiedono dati il cui reperimento comporti, per l'operatore economico, costi e tempi sproporzionati rispetto al valore della gara.

Emerge quindi la volontà del legislatore (europeo e nazionale) di evitare l'effetto distorsivo delle logiche concorrenziali che potrebbe scaturire da un utilizzo avventato del costo del ciclo di vita, che è – occorre evidenziarlo – un istituto giuridico ancora scarsamente noto ed ancor più scarsamente utilizzato dalle stazioni appaltanti⁸⁶.

Orbene, si è già detto che il costo del ciclo di vita del bene, lavoro o servizio è formato da due componenti: i costi “interni”, ossia i costi che la stazione appaltante deve sostenere lungo tutto il ciclo di vita del bene o servizio che acquisisce; e i costi “esterni”, di natura ambientale, ossia i costi di cui deve farsi carico la collettività in rapporto all'impatto ambientale del bene o servizio⁸⁷.

In riferimento a tale seconda voce di costi, le disposizioni richiamano espressamente “*i costi delle emissioni di gas a effetto serra e di altre sostanze inquinanti*”, ma citano anche, più ampiamente, tutti gli “*altri costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici*”. Quest'ultima precisazione è utile perché consente di includere nei costi esterni anche i costi generati da politiche di mitigazione dell'impatto ambientale: un esempio di costo di questo tipo potrebbe essere rappresentato dagli investimenti di un'azienda per piantare nuovi alberi al fine di ridurre la propria impronta ambientale.

L'Allegato XVIII menziona soltanto la Direttiva 2009/33/CE in materia di veicoli “puliti” e mobilità verde. In effetti, l'art. 6 di tale Direttiva disciplinava la metodologia di calcolo dei costi del ciclo di vita dei veicoli; ciò nondimeno, tale disposizione è stata abrogata dalla successiva Direttiva 20 giugno 2019, n. 1161. L'abrogazione è da ricondursi, stando a quel che si legge nel “considerando” n. 24, allo scarso utilizzo di tale metodologia ed al fatto che le Amministrazioni abbiano mostrato di preferire metodologie diverse.

⁸⁶ L'insoddisfacente applicazione delle logiche del *green public procurement* da parte dell'Amministrazione italiana emerge, ad esempio, dallo studio effettuato dalla Associazione Comuni Virtuosi su un campione di 40 Comuni e relativo agli appalti aggiudicati nell'anno 2017 (reperibile sul sito ufficiale della Associazione, www.comunivirtuosi.org, nella sezione “Campagne”; sul punto, cfr. più ampiamente il paragrafo conclusivo del presente contributo).

⁸⁷ Sia consentito rinviare a G. CREPALDI, *Gli acquisti eco-sostenibili nel nuovo Codice dei contratti pubblici italiano: considerazioni sul life cycle costing*, in *Revista do direito*, Santa Cruz do Sul, 2018, 54, 86.

È peraltro evidente l'ampiezza della suddetta categoria di costi, che deriva dall'eterogeneità delle cause dei cambiamenti climatici. Questi ultimi sono infatti determinati da una serie complessa di fattori, legati all'antropizzazione, ma non necessariamente conseguenti all'inquinamento *tout court* (inteso come immissione nell'aria, nell'acqua o nella terra di sostanze malsane o pericolose)⁸⁸. Anche il semplice sfruttamento di risorse ambientali scarse – il suolo, le foreste, l'acqua – influenza i cambiamenti climatici, e potrebbe quindi essere ricompreso nei modelli di calcolo dei costi esterni del ciclo di vita. Si può quindi ipotizzare un modello dove vengano computati “in negativo” i costi delle emissioni, e “in positivo” quelli per le azioni di mitigazione.

Fatte tutte le suddette premesse, e per concludere sul punto, è possibile fissare alcuni punti fermi: innanzitutto, il costo del ciclo di vita è un concetto quantitativo/economico, che può essere variamente “costruito” dalla stazione appaltante, mediante la combinazione di una o più delle voci di costo (interne ed esterne) indicate dall'art. 96 del Codice; in secondo luogo, se il costo del ciclo di vita è calcolato ricomprendendovi soltanto i c.d. costi interni (cioè quelli che l'appalto genera per la stazione appaltante), lo stesso non dirà nulla sull'impatto ambientale dell'appalto; in terzo luogo, l'inclusione dei costi esterni è possibile, purché gli stessi siano monetizzabili; infine, il costo del ciclo vita, in qualunque modo venga costruito, è un elemento dinamico che va tenuto distinto dal prezzo, che invece è un elemento statico.

7. La ricomprensione di profili ambientali negli aspetti qualitativi dell'offerta.

Detto quindi che l'affidamento del contratto mediante un criterio che tenga conto dei costi esterni del ciclo di vita rappresenta – o dovrebbe rappresentare – la via maestra per ottenere una piena implementazione della considerazione ambientale nella fase di scelta del contraente, è comunque necessario precisare che tale implementazione può essere perseguita anche senza ricorrere a tale criterio, ovvero sia utilizzando forme più tradizionali (e sperimentate) di modulazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Ciò è espressamente previsto dal sesto comma dell'art. 95 del Codice, laddove vengono elencati gli aspetti *latu senso* qualitativi che la stazione appaltante può far rientrare nella valutazione dell'offerta con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo⁸⁹.

88 Secondo le Nazioni Unite, “Per “cambiamenti climatici” si intendono i cambiamenti a lungo termine delle temperature e dei modelli meteorologici. Questi cambiamenti possono avvenire in maniera naturale, ad esempio tramite variazioni del ciclo solare. Tuttavia, a partire dal 19° secolo, le attività umane sono state il fattore principale all'origine dei cambiamenti climatici, imputabili essenzialmente alla combustione di combustibili fossili come il carbone, il petrolio e il gas. La combustione di combustibili fossili genera emissioni di gas a effetto serra che agiscono come una coltre avvolta intorno alla Terra, trattenendo il calore del sole e innalzando le temperature” (cfr. <https://unric.org/it/che-cosa-sono-i-cambiamenti-climatici/>). Tra le cause del cambiamento climatico vengono indicate: la produzione di energia, la produzione di beni, il disboscamento, l'utilizzo dei trasporti, la produzione alimentare, la fornitura di elettricità per gli edifici, i consumi eccessivi.

89 L'elencazione esemplificativa degli aspetti qualitativi dell'offerta non è presente nella bozza del nuovo Codice dei contratti. Ciò tuttavia non muta le considerazioni svolte nel presente contributo, dal momento che l'art. 108, comma IV

Tra gli aspetti ambientali sono espressamente menzionati: le caratteristiche ambientali del prodotto; il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali generate dall'opera o dal prodotto (rispetto ad opere/prodotti equivalenti, o rispetto ad uno standard predeterminato); il possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione Europea in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto, in misura pari o superiore al 30 per cento del valore del contratto; i consumi di energia e di risorse naturali e le emissioni inquinanti riferiti all'intero ciclo vita dell'opera, bene o servizio; la compensazione delle emissioni di gas ad effetto serra associate alle attività dell'azienda (calcolate secondo i metodi stabiliti in base alla raccomandazione n. 2013/179/UE della Commissione del 9 aprile 2013)⁹⁰.

Ancora una volta, è opportuno evidenziare che non tutti i suddetti profili devono necessariamente essere contemplati; la scelta di includerne uno o più nella costruzione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è rimessa alla stazione appaltante.

Dovrebbe comunque apparire chiara, a questo punto, la notevole ampiezza delle possibilità offerte dal Codice del 2016 per la modulazione del criterio di aggiudicazione, mediante l'individuazione, di volta in volta, di sub-criteri potenzialmente sempre diversi⁹¹.

Il criterio di aggiudicazione diviene quindi un elemento da disciplinare nella *lex specialis* di gara con metodo "sartoriale", adeguandolo alle molte variabili che caratterizzano lo specifico appalto da aggiudicare (oggetto, caratteristiche del mercato di riferimento, ecc.) e soprattutto alle finalità che l'Amministrazione intende perseguire attraverso l'appalto, le quali – come si è visto – possono trascendere la pura e semplice acquisizione "conveniente" di una prestazione, sino a ricomprendere istanze ambientali e sociali.

Ovviamente, un'importanza non secondaria è rivestita dalle caratteristiche della stessa stazione appaltante, posto che, ragionevolmente, solo un'Amministrazione strutturata potrà avere a disposizione le risorse umane e strumentali per gestire gare complesse, sotto il profilo dell'elaborazione di criteri (e sub-criteri) innovativi e articolati⁹².

del "nuovo" Codice consente comunque espressamente di valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa anche in base ad "aspetti ambientali" (oltre che sociali e qualitativi). Pertanto, anche nel nuovo assetto dovrebbe permanere un'ampia discrezionalità della stazione appaltante nella concreta modellazione del criterio di aggiudicazione.

90 L'elenco degli aspetti che possono essere considerati ai fini dell'offerta economicamente più vantaggiosa, contenuto all'art. 95, comma VI, sembra avere natura tassativa. Tale tassatività, tuttavia, non dovrebbe in concreto tradursi in un limite particolarmente stringente per la P.A., considerata l'ampiezza dell'elenco stesso e la varietà degli elementi che lo compongono.

91 Sulla discrezionalità di cui gode l'Amministrazione nell'individuazione dei sub-criteri e nell'attribuzione dei *range* di punteggio ai medesimi, nonché sui limiti a tale discrezionalità, cfr.: T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 4 aprile 2022, n. 3884, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 2 marzo 2022, n. 213, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. V, 10 novembre 2021, n. 7498, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2021, n. 7053, in *Foro Amm.*, 2021, 10, 1465; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 14 marzo 2017, n. 3467, in *L'amministrativista*, 15 marzo 2017.

92 Questo aspetto è segnalato da F. CARDARELLI, *op. cit.*, 540, insieme ad altre possibili problematiche legate all'utilizzo del criterio del costo del ciclo di vita: il rischio di una mancanza di trasparenza e parità di trattamento, in considerazione della perdurante mancanza di metodi di calcolo comuni; le asimmetrie informative tra grandi imprese ed imprese medio-piccole; le possibili difficoltà contabili legate alla necessità di impegnare a bilancio somme per lassi di tempo più lunghi.

In ogni caso, il criterio di aggiudicazione, in qualsiasi modo sia strutturato, dovrà pur sempre rispettare le caratteristiche ormai da tempo definite dalla giurisprudenza e già accennate nei paragrafi precedenti, ossia: (1) essere connesso all'oggetto dell'appalto (lavoro, servizio o fornitura); (2) non lasciare alla stazione appaltante una incondizionata facoltà di scelta; (3) essere chiaramente descritto nella *lex specialis* di gara; (4) rispettare tutti i principi del diritto comunitario e non avere effetti discriminatori⁹³.

E tali caratteristiche dovranno ovviamente sussistere anche in riferimento ad ogni singolo sub-criterio, vale a dire ad ogni aspetto dell'offerta che venga sottoposto a valutazione e "pesato" mediante l'attribuzione di un punteggio.

8. Altri strumenti per l'innovazione nel Codice dei contratti pubblici

Nel lungo articolato, il Codice del 2016 ha introdotto numerose previsioni volte a garantire, sotto i più diversi profili, la sostenibilità ambientale (ed anche sociale) della prestazione dedotta nel contratto.

Fra queste emerge una specifica procedura di scelta del contraente, denominata partenariato per l'innovazione, basata su una stretta sinergia tra il soggetto pubblico e le imprese private concorrenti e che, per questo, può qualificarsi come un'ulteriore espressione del partenariato pubblico-privato⁹⁴. Quando l'amministrazione ricorre a questa procedura di scelta dell'operatore economico la necessità che intende soddisfare è lo sviluppo di prodotti, servizi o lavori innovativi⁹⁵, con ciò potendosi intendere prodotti maggiormente sostenibili per l'ambiente. L'esigenza di acquisto del soggetto pubblico, infatti, non è soddisfabile attraverso soluzioni già presenti sul mercato e, utilizzando la procedura del partenariato per l'innovazione, la pubblica amministrazione conta di sollecitare lo studio e la ricerca di possibili e innovative soluzioni da parte del settore privato. La procedura, che è ristretta e negoziata, si realizza per fasi dialogate tra l'amministrazione e le imprese partecipanti che hanno ad oggetto le differenti soluzioni tecniche⁹⁶. Si tratta di una procedura che, come il dialogo competitivo, prevede la negoziazione delle

L'Autore giunge a definire l'art. 96 del Codice come una disposizione di "valore simbolico e sostanzialmente programmatico non [...] destinata a incidere, almeno nell'immediatezza, sul sistema degli appalti pubblici". Nello stesso senso conclude anche L. DE PAULI, *op cit.*

93 Si tratta, come già accennato *supra*, di caratteristiche definite dalla nota sentenza C.G.C.E., 17 settembre 2002, C-513/99, *Concordia Bus Finland*.

94 Sui molteplici significati dell'espressione sia consentito il rinvio a G. CREPALDI, *Las formas del partenariado público-privado en el nuevo Código italiano de los contratos públicos y de las concesiones*, in *Contratación Administrativa Práctica*, 2018, 1 ss.

95 Il partenariato per l'innovazione è disciplinato all'art. 65 del Codice dei contratti pubblici e delle concessioni che attua l'art. 31 della Direttiva europea 2014/24/UE. Si rinvia a S. FANTINI, *Il partenariato per l'innovazione*, in *Urb. e app.*, 2016, 955 ss. La bozza del nuovo Codice dei contratti pubblici in approvazione contempla questa procedura agli artt. 70 e 75.

96 La possibilità, insita nella procedura in esame, di vari momenti di confronto tra l'amministrazione e più operatori economici richiede tuttavia l'adozione di cautele finalizzate alla tutela della *par condicio* e della riservatezza professionale, industriale e commerciale. Per questo vige un divieto espresso a carico della stazione appaltante di rivelare agli altri partecipanti informazioni riservate comunicate da un candidato che partecipa alle negoziazioni, senza l'accordo di quest'ultimo.

offerte iniziali e di tutte le offerte successive presentate dagli operatori interessati al fine di migliorarne o perfezionarne il contenuto.

Restano invece esclusi dalla negoziazione delle parti i requisiti minimi, i criteri di aggiudicazione e le offerte finali.

Oltre a ciò, le stazioni appaltanti possono in vario modo favorire situazioni imprenditoriali con il minore impatto ambientale. In questo senso è previsto che il bando di gara possa introdurre nell'ambito della valutazione dell'offerta dei criteri premiali per agevolare la partecipazione alle procedure di affidamento delle micro, piccole e medie imprese, dei giovani professionisti e delle imprese di nuova costituzione e si prevede un maggior punteggio relativo all'offerta concernente beni, lavori o servizi che *“presentano un minore impatto sulla salute e sull'ambiente ivi inclusi i beni o prodotti da filiera corta o a chilometro zero”*.

Sono svariati i casi in cui il Codice consente di introdurre misure di incentivo alla partecipazione alle gare pubbliche da parte delle micro, piccole e medie imprese, perché favorire situazioni imprenditoriali più limitate operanti sul territorio, perciò in grado di offrire prodotti nella medesima zona, significa contenere le esternalità ambientali della prestazione collegate al trasporto delle merci.

In questo senso, fra le altre, si veda la disposizione che consente all'amministrazione di procedere alla suddivisione in lotti al fine di favorire la partecipazione alle gare delle micro, piccole, medie imprese (art. 51) oppure di prevedere agevolazioni in relazione alla quantificazione ed alla prestazione della cauzione definitiva (art. 93)⁹⁷. L'attenzione per le micro, piccole e medie imprese è confermata dallo schema definitivo del nuovo Codice dei contratti pubblici che ripete la disciplina relativa alla suddivisione in lotti (art. 58), alla riduzione della cauzione definitiva (art. 106) e prevede che nella relazione che ogni anno la Cabina di regia presenta alla Commissione europea debba darsi conto dei problemi più ricorrenti nell'applicazione delle norme codicistiche, con particolare riferimento a quelle che incidono sul livello di partecipazione delle microimprese e delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici (art. 231).

Previsioni più specifiche riguardano particolari settori come i servizi di ristorazione che sono aggiudicati tenendo conto della qualità dei generi alimentari con riferimento alla valorizzazione dei prodotti biologici, tipici e tradizionali, a denominazione protetta, nonché prodotti provenienti da sistemi di filiera corta e da operatori dell'agricoltura sociale, tenendo conto del rispetto delle disposizioni ambientali in materia di

⁹⁷ La legge 21 giugno 2022, n. 78 recante la delega al Governo in materia di contratti pubblici stabilisce che al fine di garantire la partecipazione alle gare da parte delle micro e piccole imprese, deve essere posta la regola della suddivisione degli appalti in lotti sulla base di criteri qualitativi o quantitativi, in coerenza con i principi dello Small Business Act (SBA) che formalizza la politica europea di protezione e incentivo delle PMI quali imprese che costituiscono la quasi totalità del tessuto imprenditoriale europeo, con un'offerta di posti di lavoro pari al 67%. Posto che la suddivisione in lotti costituisce la regola generale, la legge delega conferma la necessità di un'adeguata motivazione della scelta di non procedere alla suddivisione (in tal senso si veda già la giurisprudenza del Consiglio di Stato: fra le tante v. Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 2022, n. 8726, in www.giustizia-amministrativa.it).

green economy, dei criteri ambientali minimi pertinenti e della qualità della formazione degli operatori⁹⁸. In queste previsioni, il legislatore si affida ad un lessico mutuato dalla regolazione comunitaria⁹⁹ che nel complesso descrive caratteristiche a cui corrispondono criteri di qualità specifica, ossia la qualità ambientale.

9. Conclusioni: luci ed ombre

Molto è stato fatto e molto è ancora da fare. Se è vero che comunemente si ritiene che il GPP abbia avuto piena realizzazione con l'introduzione dell'obbligo di implementazione dei CAM (v. retro Par. IV) in realtà, come si è visto, questo è soltanto uno degli strumenti a disposizione delle pubbliche amministrazioni per curvare le procedure di acquisto in senso eco-sostenibile. Oltre a ciò occorre considerare che i CAM non sono applicabili in tutti i settori e che, nei settori in cui sono obbligatori, non tutte le amministrazioni li applicano.

In base a quanto è riportato nel Rapporto 2021 sui numeri del GPP in Italia pubblicato dall'Osservatorio sugli appalti verdi, solo un Comune capoluogo su tre applica nell'ottanta per cento dei casi i CAM; fra le problematiche più comuni è segnalata la difficoltà di predisporre la documentazione di gara.

I fattori che più incidono sull'implementazione degli strumenti del GPP nelle singole procedure di gara sono vari e nella maggior parte dei casi intervenire su di essi significa pretendere lo sviluppo di una specifica sensibilità ambientale da parte dell'operatore pubblico che, in modo preoccupante, finora ha stentato a manifestarsi.

Tale obiettivo può essere conseguito nel medio o lungo periodo e richiede di investire in modo prioritario sulla formazione dei dipendenti cui competono gli acquisti dell'ente. Tale personale deve acquisire conoscenze anche extra-giuridiche, finanziarie ed ambientali in grado di supportare l'attività di predisposizione dei documenti di gara¹⁰⁰.

Si deve considerare che sin dalle prime applicazioni del GPP le pubbliche amministrazioni, specie gli enti territoriali, hanno favorito l'accrescimento delle competenze del personale attraverso la circolazione delle buone prassi. Si è trattato di un'iniziativa spontanea di circolazione del *know-how* realizzata attraverso la pubblicazione nei relativi siti internet istituzionali di manuali e guide sugli acquisti verdi, per documentare

98 La bozza del nuovo Codice dei contratti pubblici riproduce sostanzialmente tali disposizioni all'art. 130.

99 In merito si rinvia a S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, 101 ss.

100 L'indagine di cui si dà conto nel Rapporto sul GPP del 2021 ha messo in evidenza che circa il quaranta per cento dei Comuni intervistati non ha svolto alcuna attività formativa a favore del personale.

l'esperienza concreta già realizzata¹⁰¹. Attualmente queste iniziative di sensibilizzazione sono più diffuse¹⁰² ma, trattandosi di attività assunte spontaneamente dagli enti locali con maggior sensibilità al GPP, hanno carattere locale o al limite regionale, per questo inidonee a garantire la diffusione in modo generale della cultura e della pratica dell'acquisto sostenibile.

Più di recente, sono stati avviati dei progetti per recuperare la carenza formativa. Così, il Ministero per la transizione ecologica ha approvato il progetto CreiamoPA proprio con l'obiettivo di superare le criticità nel governo delle politiche ambientali e di accompagnare i soggetti competenti nell'affrontare i cambiamenti introdotti dalle riforme orientate alla sostenibilità ambientale. Il progetto europeo, che si articola in nove linee d'azione con migliaia di iniziative avviate sul territorio, scadrà nel 2023.

Occorrerebbe altresì valutare l'opportunità di individuare un referente del GPP in tutte le pubbliche amministrazioni, con funzioni di comunicazione e promozione della circolazione del *know how* e di coordinamento, in modo da garantire uno sviluppo omogeneo e non settoriale delle capacità e delle competenze nell'ente. Il referente del GPP dovrebbe farsi carico dell'iniziativa di progetti formativi *ad hoc*.

Ancora, si deve tener conto che l'aspetto formativo e quello della creazione di puntuali competenze può assumere valore anche nel contesto del sistema di valutazione della qualificazione delle stazioni appaltanti di cui all'art. 38 del Codice dei contratti pubblici¹⁰³. Tale disposizione ha previsto la costituzione presso l'ANAC di un apposito elenco delle stazioni appaltanti qualificate in base a determinati parametri (ambiti di attività, bacini territoriali, tipologia, complessità e fasce d'importo dei contratti) e a requisiti tecnico-organizzativi in merito ai quali sono di recente state approvate dall'ANAC le attese Linee guida (delibera del Consiglio dell'Autorità del 28 settembre 2022, n. 441). Fra i requisiti obbligatori è indicata la presenza nell'organigramma dell'amministrazione di un ufficio o struttura stabilmente dedicata alla progettazione e agli affidamenti di servizi e forniture, nonché la disponibilità di piattaforme telematiche dedicate all'affidamento dei contratti; fra i requisiti ai quali può essere riconosciuta l'attribuzione di un punteggio

101 In Italia, all'inizio del Millennio, è stata particolarmente significativa l'esperienza della Provincia di Cremona che ha istituito un tavolo di lavoro sul GPP, con il supporto dell'Autorità ambientale regionale, il cui obiettivo prioritario è quello di mettere in comune le esperienze e le buone pratiche allo scopo di attuare con maggiore facilità ed efficacia il GPP in Lombardia, anche potenziando l'utilizzo dei canali informativi esistenti (quali il bollettino GPPinfoNET della Lombardia o i siti come www.compravende.it e www.svilupposostenibile.it). A livello europeo, si possono riportare anche le esperienze dell'ente locale di Barcellona, della regione austriaca di Vorarlberg, delle città di Dunkerque e Lille in Francia, così come documentate nella Manuale della Commissione europea *Acquistare verde!*, cit.

102 Fra le altre, si veda il progetto *Life PrepAIR* che coinvolge più regioni del bacino padano e che si propone la promozione e formazione delle tematiche relative al GPP. Il progetto ha portato alla redazione di manuali operativi, moduli di e-learning, convegni e webinar finalizzati a sollecitare l'applicazione dei CAM ed a raccogliere istanze ed osservazioni per migliorarne l'efficacia. Altre iniziative si registrano a livello regionale: così, ad esempio, la Regione Piemonte ha adottato il "*Prezzario per Opere e Lavori Pubblici della Regione Piemonte*", che dall'edizione del 2019 presenta una sezione dedicata al GPP.

103 Su tale sistema si rinvia a C. LAMBERTI, *La qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Urb. e app.*, 2016, 1293.

è riportata la presenza nella struttura organizzativa di dipendenti aventi specifiche competenze e di un sistema di formazione e aggiornamento del personale. Ciò trova conferma nell'art. 63 della bozza del nuovo Codice dei contratti pubblici che prevede tra i requisiti di qualificazione (che saranno oggetto di regolazione da parte di uno specifico Allegato II.4) quelli attinenti “*alla consistenza, esperienza e competenza delle risorse umane, incluso il sistema di reclutamento e la adeguata formazione del personale*”.

La formazione di tutto il personale preposto alle procedure di acquisto, in ogni singola amministrazione, è certamente costoso; sebbene sia un obiettivo costantemente perseguito dalle riforme amministrative e rafforzato nella legge delega per la revisione della disciplina sui dei contratti pubblici, può avvenire solo in modo graduale. La specializzazione richiesta per la realizzazione del GPP potrebbe essere allora recuperata in modo differente, ossia incrementando gli acquisti attraverso le centrali di committenza che, occupandosi solo di *procurement*, presentano personale già formato.

Che la formazione del personale, la qualificazione delle stazioni appaltanti e l'aggregazione degli acquisti siano temi cruciali è confermato dalla legge delega n. 78 del 21 giugno 2022 che ha previsto fra i principi e criteri direttivi della nuova disciplina generale dei contratti pubblici la ridefinizione e rafforzamento della normazione sulla qualificazione delle stazioni appaltanti, al fine di conseguire la loro riduzione numerica, anche mediante l'introduzione di incentivi all'utilizzo delle centrali di committenza ed il potenziamento della qualificazione e della specializzazione del personale operante nelle stazioni appaltanti, anche mediante la previsione di specifici percorsi di formazione.

Infine occorre certamente sviluppare l'attività di monitoraggio sull'applicazione dei CAM che ora è assai debole. Dal già citato Rapporto 2021 sui numeri del GPP in Italia risulta che solo circa il 15 per cento degli enti locali intervistati dispone di un sistema di monitoraggio del GPP.

I prossimi anni saranno certamente decisivi per l'affermazione e la diffusione del GPP. Non vi è politica europea che non compia richiami diretti o indiretti alla transizione ecologica. Fra queste assume particolare rilevanza, perché si riferisce in modo ampio agli appalti verdi, la Comunicazione della Commissione n. 640 del 2019 “*Il Green Deal europeo*” a cui è seguito il “*Piano di investimenti per un'Europa sostenibile. Piano di investimenti del Green Deal europeo*” n. 21 del 2020.

Il PNRR (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza) ha destinato circa sessanta miliardi di euro alla specifica missione denominata “*Rivoluzione verde e transizione ecologica*” e ha ribadito l'importanza del GPP, prevedendo il finanziamento dell'attività di accompagnamento ed assistenza delle pubbliche amministrazioni all'adozione dei CAM. A tal proposito, è previsto che il Ministero della Transizione ecologica debba sviluppare uno specifico piano d'azione.

Infine, si tenga conto che la legge 21 giugno 2022, n. 78 recante la delega al Governo in materia di contratti pubblici si è posta nel solco del processo di semplificazione, riordino e razionalizzazione della disciplina

vigente, come passaggio indispensabile per la piena realizzazione degli impegni assunti dal Governo con il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR). Numerosi sono i principi e criteri direttivi che, direttamente o indirettamente, si riferiscono agli investimenti ecosostenibili e agli appalti verdi. La delega, infatti, stabilisce che la nuova disciplina dovrà semplificare le procedure finalizzate alla realizzazione di investimenti in tecnologie verdi e digitali, in innovazione e ricerca nonché in innovazione sociale, anche al fine di conseguire gli obiettivi dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 25 settembre 2015, e di incrementare il grado di eco-sostenibilità degli investimenti pubblici e delle attività economiche secondo i criteri di cui al regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2020.

Il testo definitivo della bozza del nuovo Codice dei contratti pubblici di prossima approvazione conferma gli strumenti già vigenti che consentono la selezione degli operatori e delle offerte secondo criteri ambientali, così come la definizione delle specifiche tecniche della prestazione e delle modalità di esecuzione del contratto in termini ecosostenibili. Il *corpus* normativo licenziato dal Consiglio di Stato valorizza la considerazione ambientale nel contesto della programmazione dei lavori e degli acquisti di beni e servizi (art. 37) e della localizzazione e progettazione delle opere (artt. 38 ss. Allegato I.7).

La disciplina di vari aspetti del GPP sarà da rintracciare negli Allegati: così, l'Allegato II.8 è dedicato alla regolazione dei “*Rapporti di prova, certificazioni delle qualità, mezzi di prova, registro on line dei certificati e costi del ciclo vita*”; l'Allegato II.13 individua le certificazioni e i marchi rilevanti ai fini della selezione fra cui, come si è detto, sono ricompresi i sistemi di gestione ambientale UNI EN ISO 14001 e EMAS; l'Allegato II.14 contiene varie previsioni sulla verifica dei requisiti ambientali dei materiali e delle prestazioni nell'ambito dell'attività di direzione sull'esecuzione, verifica di conformità e collaudo.