



Mario R. Spasiano, Marco Calabrò
Marco Brocca, Annalisa Giusti
Giuseppina Mari, Anton Giulio Pietrosanti

FONDAMENTI DI DIRITTO
PER L'ARCHITETTURA E L'INGEGNERIA CIVILE

Seconda edizione

Editoriale Scientifica

Mario R. Spasiano, Marco Calabrò,
Marco Brocca, Annalisa Giusti, Giuseppina Mari,
Anton Giulio Pietrosanti

FONDAMENTI DI DIRITTO
PER L'ARCHITETTURA E L'INGEGNERIA CIVILE

Seconda edizione

EDITORIALE SCIENTIFICA

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Copyright © 2023 Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39 – 80138 Napoli

ISBN 979-12-5976-815-5

La storia umana è storia di migrazioni (Carta di Lampedusa, 1° febbraio 2014)

Al popolo di Lampedusa, alle sue donne e ai suoi uomini,
al suo cuore forte e generoso, al suo coraggio,
al suo mare, traditore di speranze solo a causa dell'indifferenza umana

“CLAUSOLE ECOLOGICHE” E CONTRATTI PUBBLICI

1. Premessa

L'analisi del rapporto fra disciplina sui contratti pubblici e *appalti verdi* mette in luce l'importanza delle conoscenze giuridiche per l'esercizio di attività tecniche come quelle architettoniche e ingegneristiche¹.

A livello normativo il rapporto indicato è stato disciplinato solo di recente poiché, salvo qualche eccezione, gli *appalti verdi* sono frutto delle ultime *direttive-appalti* del 2014² e, successivamente a livello interno, del nostro codice del 2016 (d.lgs. n. 50/2016), nonché, da ultimo, del codice del 2023 (d.lgs. n. 36/2023).

In precedenza gli unici elementi degni di nota sono rappresentati dalla *Comunicazione interpretativa della Commissione europea* del 2001³ e da due pronunce della Corte di giustizia del 2002 e del 2012⁴.

Riguardo alla *Comunicazione* del 2001, con essa si è cercato di sensibilizzare le stazioni appaltanti ad incrementare gli appalti sostenibili sul

* Ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Macerata.

¹ Da ultimi in tema: A. LUPO, *La sostenibilità ambientale nel nuovo codice dei contratti pubblici: prime osservazioni (art. 57 criteri di sostenibilità energetica e ambientale)*, in F. Manganaro, N. Paolantonio, F. Tigano (a cura di), *Un primo sguardo sulla riforma dei contratti pubblici. Profili critici (in corso di pubblicazione)*; S. COLOMBARI, *Le considerazioni ambientali nell'aggiudicazione delle concessioni e degli appalti pubblici*, in *Urb. app.*, 2019, pag. 5 e ss. e A. CASTELLI, *GPP e economia circolare: le dinamiche ambientali all'interno del codice dei contratti pubblici*, in *Ambiente e sviluppo*, 2019, pag. 725 e ss. Mentre per un inquadramento generale, anche con riferimento alla dottrina e giurisprudenza in tema, sia consentito rinviare a S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2016. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, pag. 101 e ss.

² Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei cd. “settori ordinari”; direttiva 2014/25/UE sugli appalti nei cd. “settori speciali” (acqua, energia, trasporti, servizi postali); direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

³ Com. 28-11-2001, in GUCE 28 novembre 2001, n. C-333, «Comunicazione interpretativa della Commissione. Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici». Sulla stessa lunghezza d'onda può essere utile collocato il documento «Acquistare verde. Un manuale sugli appalti pubblici ecocompatibili» (elaborato dalla Commissione Europea).

⁴ Corte di giustizia, 17 settembre 2002, n. 513 e Id., 10 maggio 2012, n. 368.

piano ambientale, suggerendo loro il «recupero» ed il «riuso» dei materiali come misure principali preordinate al raggiungimento dell'obiettivo indicato. Occorre però evidenziare che, tale Comunicazione, non ha avuto fortuna a livello applicativo, probabilmente a causa del suo scarso valore giuridico paragonabile a quello di una semplice *raccomandazione*. È noto infatti che le stazioni appaltanti difficilmente modificano il loro *modus procedendi* senza che ciò sia imposto da uno specifico precetto normativo. Del resto è altrettanto ben noto come gli *appalti verdi* richiedano maggiore impegno a livello tecnico rispetto ad un *appalto ordinario*. Pertanto solo grazie ad uno specifico intervento legislativo è stato possibile modificare l'atteggiamento indicato. Prima di trattarne occorre ricordare le due sopra menzionate pronunce della Corte di giustizia, ossia delle sentenze nn. 513/2002 e n. 368/2012. Con esse il giudice europeo ha delineato i *caratteri* più tipici che devono possedere le clausole ecologiche che, seppure lasciate in buona misura alla discrezionalità tecnica della stazione appaltante, anche in base all'evoluzione della scienza, incontrano due limiti, quali l'«appropriatezza» e la «pertinenza».

L'*appropriatezza* interessa essenzialmente il rispetto del principio di proporzionalità da parte della clausola ecologica, nel senso che questa non potrà essere eccessivamente onerosa per l'operatore economico che partecipa alla gara, ragion per cui un appalto di entità economica modesta non potrà richiedere il possesso di certificazioni ambientali o di soluzioni progettuali i cui costi potrebbero risultare così elevati da rendere la partecipazione antieconomica.

Invece, la *pertinenza* sta a significare che la clausola ecologica deve essere collegata funzionalmente all'oggetto dell'appalto, poiché solo sussistendo questo specifico nesso sarà possibile comprendere la reale incidenza della clausola medesima sulla qualità dell'offerta presentata.

2. *Le clausole ecologiche nel codice dei contratti pubblici del 2023: conferma della rilevanza dei CAM*

È oramai acclarato che le clausole ecologiche qui rilevanti traggono *linfa* dalle previsioni legislative contenute nel codice. Si tratta di una scelta che offre maggiori garanzie a livello giuridico – e prima ancora politico⁵ – in

⁵ In tal modo la tutela ambientale entra in quella che si potrebbe definire *amministrazione di risultato nei procedimenti di appalto*. Per le coordinate generali in tema vedi M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino 2003 e Id., *Il principio di buon andamento*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pag. 117 e ss. Fra le altre cose, evidenzia l'importanza del tema anche a livello di legittimazione politico-elettorale: M. CALABRÒ, *Le certificazioni di qualità ambientale di prodotto quali fattori di competitività per il made in Italy*, in *Foro amm., T.A.R.*, 2009, pag. 2640 e ss.

direzione dell’obiettivo della tutela ambientale, nella consapevolezza che gli incrementi sul piano dei costi saranno (ri)compensati dai benefici per la tutela ambientale. Le clausole ambientali negli appalti pubblici tendono infatti ad incrementare il relativo costo, dunque non può trascurarsi di considerare che: «ogni pur nobilissimo e romantico discorso relativo alla tutela dell’ambiente rischia di risultare in qualche modo recessivo (e persino inconcludente) allorché esso non venga ancorato a valori certi di riferimento, ed anzi a paradigmi e parametri di concretezza e di realismo⁶».

La tutela ambientale ha “realisticamente” dei costi. È solo rapportando (e relativizzando) questi costi con i superiori valori dell’integrità ambientale e dei *diritti delle generazioni future* (ora riconosciuti anche all’art. 9 nella nostra Costituzione) che sarà possibile giustificare e (per questa via) ammettere gli stessi.

Ciò premesso, il già menzionato codice dei contratti pubblici del 2023 riduce rispetto al precedente i richiami al tema ambientale. Tuttavia, guardando ora alle previsioni più che alle omissioni rispetto al passato, la prima disposizione rilevante è l’art. 57. In questa è contenuta una regola di carattere generale secondo cui «Le stazioni appaltanti valorizzano economicamente le procedure di affidamento di appalti e concessioni conformi ai criteri ambientali minimi». Il primo riferimento cade dunque sui CAM (acronimo di criteri ambientali minimi) previsti anche in questa nuova disciplina. In tal senso l’articolo menzionato si incarica di precisare che le amministrazioni pubbliche «contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali (...) attraverso l’inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi», quest’ultimi definiti con decreto del Ministero dell’ambiente. Non solo. Tali CAM possono essere talvolta anche “premianti”, come specifica la norma in esame, come tali rilevanti ai fini dell’aggiudicazione con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa. Infine, di questi CAM si tiene conto, «per quanto possibile», come sibillantemente prevede la disposizione in esame, a proposito degli appalti concernenti interventi di ristrutturazione, demolizione e ricostruzione.

3. (*Segue*): ipotesi escludenti e ipotesi finalizzate alla valutazione della migliore offerta

Esistono altre norme nel codice del 2023 che si occupano della materia ambientale. Fra le altre quelle che merita qui evidenziare riguardano *interessi di blocco*, alla stessa stregua cioè degli interessi paesaggistici, culturali e

⁶ R. FERRARA, *Modelli e tecniche della tutela dell’ambiente: il valore dei principi e la forza della prassi*, in *Foro amm.*, T.A.R., 2009, pag. 1946.

idrogeologici. In tal senso rileva la disciplina in materia di livelli e contenuti della progettazione di cui all'art. 41 e, in connessione a questa, i relativi Allegati che specificano alcuni aspetti⁷. Per altro, tali *interessi sensibili* entrano talvolta in conflitto fra loro, come quando in una gara riguardante la realizzazione di un parcheggio comunale si contemplava come soluzione migliorativa la realizzazione di un impianto fotovoltaico che però poneva allo stesso tempo problemi sul piano paesaggistico⁸.

Nello stesso codice del 2023 è poi possibile individuare norme qualificabili come *clausole ecologiche fisse* e *clausole ecologiche flessibili*. Nella prima categoria si possono includere i già menzionati CAM. Sempre in questa categoria è possibile annoverare le “specifiche tecniche” (con cui si fissano le caratteristiche di un lavoro, servizio, fornitura, anche di natura ambientale), nonché talune peculiari cause di esclusione previste dal codice e, in particolare, nell'ipotesi prevista all'art. 95 in cui la stazione appaltante può escludere dalla partecipazione alla procedura un operatore economico se accerta la sussistenza di «gravi infrazioni, debitamente accertate con qualunque mezzo adeguato (...) agli obblighi in materia ambientale». Ancora, procedendo oltre, all'art. 107 del codice si prevede un altro caso di esclusione per “questioni ambientali” allorchè la stazione appaltante può decidere di non aggiudicare l'appalto all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa qualora abbia accertato che l'offerta medesima non soddisfa gli obblighi in materia ambientale. Infine, in materia di anomalia dell'offerta, all'art. 110 del codice si stabilisce che la stazione appaltante possa escludere l'offerta – e di conseguenza il relativo operatore – se la stessa è anormalmente bassa in quanto non rispetta gli obblighi in materia ambientale⁹.

Invece, nella categoria delle clausole ecologiche flessibili, così denominate perché rispetto alle prime lasciano un più ampio margine di discrezionalità alle amministrazioni interessate – sia nel prevederle che nell'applicarle – è possibile annoverare la previsione contenuta all'art. 108 del codice a tenore della quale: l'offerta economicamente più vantaggiosa è valutata sulla base di criteri oggettivi, fra cui quelli riconducibili ad «aspetti» «ambientali». Questa clausola contribuisce a mettere in risalto gli elementi *qualitativi* dell'offerta presentata, in un approccio metodologico innovativo che trascende i ristretti confini del luogo dove si svolge la prestazione, considerando l'impatto delle relative procedure sull'ambiente.

⁷ In particolare All. I.7 «Contenuti minimi del quadro esigenziale, del documento di fattibilità delle alternative progettuali, del documento di indirizzo della progettazione, del progetto di fattibilità tecnica ed economica e del progetto esecutivo (articoli da 41 a 44 del Codice)» e All. I.9 «Metodi e strumenti di gestione informativa digitale delle costruzioni» (Articolo 43).

⁸ T.A.R. Campania, Salerno, 6 febbraio 2017 n. 212

⁹ Merita evidenziare, inoltre, che clausole del genere indicato sono previste anche in sede di esecuzione dell'appalto all'art. 113.

Naturalmente per il raggiungimento degli obiettivi ambientali indicati l'adeguata progettazione dell'appalto costituirà un elemento basilare. Servirà però pur sempre scongiurare il rischio di sovraccaricare gli operatori economici con prescrizioni ambientali sproporzionate, attenendosi rigorosamente al principio di appropriatezza della relativa clausola.

In sintesi, anche il codice del 2023 valorizza la tutela ambientale tramite la leva dei contratti pubblici. Nondimeno, allo stesso modo del codice del 2016, sono previste un'ampia serie d'ipotesi in cui è possibile *automaticamente*, vale a dire senza obbligo di motivazione, utilizzare il criterio del prezzo più basso (o del massimo ribasso). Anzi, a ben vedere l'innalzamento delle soglie per poter procedere mediante affidamento diretto o procedura negoziata (ai sensi dell'art. 50 del nuovo codice) ha determinato un aggravamento della situazione, dato che si è ampliata l'area in cui è possibile utilizzare indifferentemente il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa a scapito di quest'ultimo.

In questi casi la possibilità di utilizzare le clausole ambientali si riduce sensibilmente, specie quelle legate alla scelta qualitativa della migliore offerta possibile presentata in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In sostanza l'elemento qualitativo cede il passo a quello del minor costo. Fintantoché sarà possibile derogare agevolmente alla scelta di utilizzare il criterio del miglior rapporto qualità-prezzo, l'ingresso della componente ambientale nelle procedure di appalto pubblico farà fatica ad affermarsi.

