

Mario R. Spasiano Marco Calabrò
Giuseppina Mari Fortunato Gambardella
Paolo Tanda Anton Giulio Pietrosanti

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

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

M.R. Spasiano M. Calabrò
G. Mari F. Gambardella
P. Tanda A.G. Pietrosanti

ES

Editoriale Scientifica

in copertina: P. Klee, *Strada principale e strade
secondarie*, 1929, Ludwig Museum (Colonia).

euro 40,00

ISBN 978-88-9391-865-7



9 788893 918657

Mario R. Spasiano, Marco Calabrò
Giuseppina Mari, Fortunato Gambardella
Paolo Tanda, Anton Giulio Pietrosanti

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

EDITORIALE SCIENTIFICA

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2020 Editoriale Scientifica s.r.l.
via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli
www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com
ISBN 978-88-9391-865-7

*A quanti, in piena pandemia,
con sguardi smarriti e attoniti non nascosti dalle mascherine,
hanno continuato il proprio servizio pubblico,
a volte costato la vita*

STEFANO VILLAMENA*

GLI APPALTI VERDI E IL CONCETTO DI *CICLO DI VITA*

1. *Premessa*

L'analisi del rapporto fra disciplina sui contratti pubblici e *appalti verdi* pone all'attenzione la rilevanza delle conoscenze giuridiche per l'esercizio di attività più strettamente tecniche, fra cui quelle riconducibili alle scienze architettoniche ed ingegneristiche hanno certamente un posto di grande rilievo¹.

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 del nostro codice del 2016 (d.lgs. n. 50/2016). Unici elementi degni di nota in precedenza, ossia prima del 2014, 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 piano ambientale, suggerendo loro il «recupero» ed il «riuso» dei materiali come misure principali preordinate al raggiungimento

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

¹ Da ultimi in tema: S. Colombari, *Le considerazioni ambientali nell'aggiudicazione delle concessioni e degli appalti pubblici*, in *Urb. app.*, 2019, p. 5 ss. e A. Castelli, *GPP e economia circolare: le dinamiche ambientali all'interno del codice dei contratti pubblici*, in *Ambiente e sviluppo*, 2019, p. 725 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, p. 101 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 utilmente 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.

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 sostanzialmente 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, gli *appalti verdi* richiedono generalmente maggiore impegno a livello tecnico rispetto ad un *appalto ordinario* e ciò non ha militato a favore dei primi.

Solo grazie ad uno specifico intervento legislativo sarebbe stato possibile modificare l'atteggiamento indicato. Come si dirà appresso va esattamente in questa direzione la nuova disciplina introdotta col codice appalti del 2016.

Prima di trattarne occorre ricordare le due sopra menzionate pronunce della Corte di giustizia, intervenute prima dell'approvazione della nuova disciplina in tema. Si tratta 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 in base all'evoluzione della scienza, incontrano nondimeno 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. Pertanto, 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. La subordinazione del principio di economicità a quello di tutela ambientale nell'art. 30 del codice del 2016

È necessario a questo punto passare a considerare l'assetto normativo della materia in esame alla luce del codice del 2016. A parere di chi scrive la disposizione cardine in tema è l'art. 30, secondo cui «Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressa-

mente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico».

In base alla norma citata, il *principio di economicità* può essere subordinato, nei limiti stabiliti dalla legge, ai criteri ispirati alle esigenze ambientali. In tal senso le innumerevoli previsioni ambientali contenute nel codice appalti 2016⁵ rappresentano un *propulsore* fondamentale a favore dell'utilizzo delle *clausole ecologiche* negli appalti pubblici, dato che la loro possibile previsione in un bando di gara non si scontra più col limite rappresentato dalla carenza di norme in materia.

Le clausole ecologiche traggono così *linfa* dalle previsioni legislative contenute nel codice. Si tratta di una scelta che offre maggiori garanzie a livello giuridico (e prima ancora politico⁶) in direzione dell'obiettivo della tutela ambientale, nella consapevolezza che gli incrementi sul piano dei costi saranno (ri)compensati dai benefici per la tutela ambientale⁷. Ed in effetti, le clausole ambientali negli appalti pubblici tendono ad incrementare il relativo costo, ma non può trascurarsi (riprendendo qui il pensiero della dottrina) che «ogni pur nobile 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 realismo⁸».

La tutela ambientale ha “realisticamente” dei costi. Ed è solo rap-

⁵ *Infra* par. successivo.

⁶ 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, p. 117 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, p. 2640 ss.

⁷ In questa direzione va anche la previsione contenuta nel medesimo art. 30, comma 3, secondo cui «Nell'esecuzione di appalti ... gli operatori economici rispettano gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X». Anche qui si aggiunge contenuto normativo, si dà colore in qualche misura, ad obiettivi di tutela altrimenti un po' sfocati con riferimento al rapporto appalti pubblici (mezzo) e tutela ambientale (fine).

⁸ 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, p. 1946.

portando (e relativizzando) questi costi con i superiori valori dell'integrità ambientale e dei *diritti delle generazioni future* che sarà possibile giustificare e (per questa via) ammettere gli stessi.

3. Codice del 2016 e specifiche "impronte" ambientali

Ad una valutazione generale, il codice dei contratti pubblici del 2016 si occupa di tutela ambientale in modi diversi non riconducibili ad una visione unitaria. Anzitutto occorre considerare le *norme generali*.

Si pensi a tal proposito all'art. 100, secondo cui le stazioni appaltanti possono richiedere agli operatori economici requisiti ulteriori, anche di tipo ambientale, per l'esecuzione del contratto.

Si pensi, ancora, all'art. 4 del medesimo codice in cui si prevedono, nell'ambito degli appalti esclusi, la «tutela dell'ambiente» e l'«efficienza energetica» come valori centrali insieme ai più tradizionali economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità.

Esistono poi norme nel codice del 2016 che contengono richiami più puntuali al rispetto della normativa ambientale. Il riferimento cade sull'*ambiente* come tipico *interesse di blocco*, alla stessa stregua degli interessi paesaggistici, culturali e idrogeologici. In tal senso rileva la disciplina in materia di redazione del progetto di fattibilità tecnico-economica contenuta all'art. 23. Merita evidenziare per altro che tali *interessi sensibili* entrano talvolta in conflitto fra loro, come accaduto in una gara riguardante la realizzazione di un parcheggio comunale in cui l'offerta presentata dalla ditta, poi risultata aggiudicataria, contemplava come soluzione migliorativa la realizzazione di un impianto fotovoltaico che poneva problemi a livello paesaggistico⁹. È un esempio che rappresenta bene come gli interessi ambientali possano talvolta entrare in conflitto con altri interessi di pari rango.

Infine, nel codice del 2016 è possibile individuare norme dal contenuto ancora più puntuale. Esse sono definibili come *clausole ecologiche fisse* e *clausole ecologiche flessibili*.

Nella prima categoria si possono includere i c.d. CAM (*criteri ambientali minimi*), richiamati dall'art. 34. Sul piano applicativo nel disciplinare di gara potranno leggersi previsioni di questo tenore: le offerte «dovranno essere prodotte nel rispetto dei Criteri Ambientali Minimi».

⁹ T.A.R. Campania, Salerno, 6 febbraio 2017, n. 212.

Un caso classico è quello costituito dai CAM per l'edilizia indicati dal d.m. 11 gennaio 2017 per l'affidamento di servizi di progettazione e lavori di nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione degli edifici pubblici¹⁰. Come indicato da una recente dottrina tali criteri dovranno essere applicati «per quanto possibile» in relazione alla tipologia e alla localizzazione degli interventi¹¹.

Sempre in questa prima categoria relativa alle clausole ecologiche fisse è possibile annoverare le «specifiche tecniche», di cui all'art. 68 codice 2016. Con esse si fissano le caratteristiche di un lavoro, servizio, fornitura e, fra queste, anche le specifiche «ambientali» (di cui si può fornire prova, ai sensi del successivo art. 69, anche per il tramite delle c.d. ecoetichettature).

Infine, alla stessa categoria qui esaminata è possibile ascrivere le «certificazioni ambientali», di cui all'art. 87, finalizzate ad attestare che l'operatore economico soddisfa determinate norme di qualità.

Nella categoria delle *clausole ecologiche flessibili*, così denominate perché rispetto alle prime le stesse lasciano un ampio margine di discrezionalità alle amministrazioni interessate sia nel prevederle che nell'applicarle, è possibile annoverare il «costo del ciclo di vita», previsto agli art. 95 e 96¹².

Questa clausola si lega intimamente alla fattispecie dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dato che contribuisce a mettere in risalto gli elementi *qualitativi* dell'offerta presentata, individuata sulla base del rapporto qualità/prezzo.

Il «costo del ciclo di vita» rappresenta un elemento centrale nel sistema degli *appalti verdi* disciplinato dal nuovo codice del 2016. Tramite questo nella valutazione della qualità dell'offerta assumono rilievo i costi legati al «ciclo di vita» di un prodotto, servizio o lavoro (fra cui rilevano la raccolta, smaltimento, riciclaggio, le esternalità ambientali, le

¹⁰ Vedi Cons. Stato, Sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1332. Esistono invero molti d.m. che hanno provveduto alla loro individuazione. Un'esperienza recente relativa ai CAM è quella della Regione Emilia Romagna riguardo l'approvazione del «Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi pubblici in Emilia-Romagna per il triennio 2016-2018». Per un caso ulteriore vedi Tar Toscana, Firenze, Sez. III, 20 febbraio 2020, n. 225, in cui il giudice amministrativo ha annullato il provvedimento di aggiudicazione di una gara perché l'aggiudicataria non aveva provato il rispetto dei CAM richiesti dalla documentazione di gara, «violando così l'art. 2 del disciplinare e l'art. 8 del capitolato tecnico, secondo cui i concorrenti “dovranno presentare, nell'offerta tecnica, la documentazione indicata nel suddetto Allegato E – “CAM”, attestante la conformità dei prodotti offerti alle prescrizioni in materia di “Criteri ambientali minimi”».

¹¹ P. Cinquina, *Cam ed Ecolabel: progettazione, costruzioni, ristrutturazioni e manutenzione di edifici pubblici*, in *Ambiente e sviluppo*, 2018, p. 323 ss.

¹² Su cui, da ultimo, L. Fiorentino, *I criteri di aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, p. 719 ss.

emissioni di gas ad effetto serra e altre sostanze inquinanti, nonché, infine, i costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici¹³).

Si tratta pertanto di un approccio metodologico innovativo sull'organizzazione di un appalto che, in una prospettiva che trascende i ristretti confini del luogo ove si svolge la prestazione, considera l'impatto delle relative procedure sull'ambiente. Naturalmente l'adeguata progettazione dell'appalto costituirà l'elemento basilare.

Nella prassi si dovrà però scongiurare il rischio di sovraccaricare eccessivamente gli operatori economici potenziali partecipanti alla gara, attenendosi, in particolare, al già richiamato principio di appropriatezza (i.e. proporzionalità) della clausola.

Come anticipato, il *ciclo di vita* è direttamente legato alla scelta del criterio della migliore offerta qualità-prezzo e quest'ultimo viene individuato dalle direttive europee del 2014 come criterio prevalente rispetto a quello del massimo ribasso (nonché a quello innovativo del prezzo fisso). Nonostante ciò il codice del 2016 prevede una serie d'ipotesi in cui *automaticamente* è possibile utilizzare il criterio del prezzo più basso (o del massimo ribasso)¹⁴ senza che sia richiesta alcuna forma di giustificazione¹⁵.

¹³ Vedi art. 96 codice appalti. Un caso emblematico che si può trarre da una pronuncia giurisdizionale è quello in cui, relativamente alla «Gestione di materiale proveniente da demolizione», la soluzione progettuale migliorativa, poi ritenuta vittoriosa, ma comunque contestata da un partecipante alla gara, consisteva nell'utilizzo, durante lo svolgimento delle operazioni di demolizione di alcuni capannoni, di una diversa modalità operativa di raccolta del rifiuto ai fini del suo successivo smaltimento. Infatti, in luogo dei classici *big bags* (contenitori entro cui deporre il rifiuto di amianto proveniente dalla demolizione), soluzione che a giudizio della commissione di gara non consentiva di eliminare del tutto il rischio di dispersione nell'ambiente delle fibre di amianto, la ditta (poi risultata vittoriosa) proponeva l'utilizzo di una diversa tecnologia fondata sulla «miscelazione con cemento» del rifiuto indicato, assicurando così un più elevato livello di tutela ambientale e riducendo il rischio di emissioni in atmosfera e di impatti acustici. Così, TAR Puglia, Bari, Sez. I, 1° dicembre 2015 n. 1553 (si tratta evidentemente di un caso occorso in un momento precedente all'entrata in vigore del nuovo codice appalti 2016, tuttavia nonostante ciò è apparso utile menzionarlo perché ancora attuale ai nostri fini: in effetti, i termini della questione proposta e risolta dall'organo giudiziario non mutano fra vecchia e nuova disciplina).

¹⁴ Si pensi a quanto stabilito da ultimo all'art. 36, comma 9-*bis* del codice, secondo cui «Fatto salvo quanto previsto all'articolo 95, comma 3», vale a dire ad esempio «i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 40.000 euro; nonché «i contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo», «le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei contratti di cui al presente articolo sulla base del criterio del minor prezzo ovvero sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa».

¹⁵ Sul punto occorre richiamare la recente Adunanza Plenaria del Cons. Stato, 21

Evidentemente in questi casi la possibilità di utilizzare le clausole ambientali (e soprattutto la clausola del costo del ciclo di vita) si riduce sensibilmente. L'elemento qualitativo cede qui il passo a quello del minor costo. Fintantoché sarà possibile derogare con facilità 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.

maggio 2019, n. 8 che, relativamente alla questione, oggetto di contrasti di giurisprudenza, di «quale criterio di aggiudicazione debba applicarsi nelle procedure di affidamento di appalti pubblici di servizi nel caso in cui questi contratti abbiano contemporaneamente caratteristiche di alta intensità di manodopera e siano standardizzate», ha stabilito l'importante regola di principio secondo cui «le caratteristiche di servizio ad alta intensità di manodopera della vigilanza antincendio non consentono che lo stesso sia aggiudicato con il criterio del massimo ribasso, benché caratterizzato anche da una forte standardizzazione dello attività in esso comprese» (punto 26 della pronuncia cit.).