

IL TESTO UNICO DELL'AMBIENTE A DIECI ANNI DALLA SUA APPROVAZIONE

SALA POMPEO, CONSIGLIO DI STATO – ROMA

10 – 11 GIUGNO 2016

INTERVENTO PROGRAMMATO

GLI APPALTI VERDI: UN ISTITUTO "ESTRANEO" AL T.U. DELL'AMBIENTE*

DI

CHIARA FELIZIANI

Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo Università degli Studi di Macerata

I. L'istituto degli appalti nella sua accezione più "verde" è stato evocato svariate volte nelle relazioni che si sono succedute nel corso della giornata di ieri. Ciò anche o, meglio, soprattutto in ragione delle novità normative che - tanto a livello europeo, quanto a livello nazionale - di recente hanno interessato la materia degli appalti pubblici complessivamente intesa.

Questo breve intervento, dunque, si prefigge di partire da quanto è stato autorevolmente detto ieri per spendere alcune parole sul tema del *green public procurement* (GPP), traendo spunto dai risultati (seppur provvisori) di una ricerca condotta all'interno di un più ampio progetto Horizon 2020 di cui l'Università di Macerata è parte e intitolato "*Grey and green in Europe: elderly living in urban areas*".

II. Muovendo da una considerazione di carattere generale, il primo dato che merita di essere sottolineato è che l'istituto del GPP compendia in maniera piuttosto emblematica (almeno) due delle caratteristiche proprie del diritto ambientale (il che, tra le altre cose, spiega perché nel corso di questo convegno gli appalti siano stati menzionati più volte). Vale a dire, da un lato, la circostanza di essere disceso dall'alto, quale precipitato del diritto internazionale e del diritto europeo e, dall'altro lato, la propensione "ad interessare *orizzontalmente* qualsiasi attività svolta sia da soggetti pubblici che da soggetti privati"¹, specie quelle di natura economica.

*Il presente contributo è frutto della ricerca condotta nell'ambito del progetto Horizon 2020 "*Grey and green in Europe: elderly living in urban areas*", di cui l'Università degli Studi di Macerata è parte (www.graceproject.eu).

In materia di GPP, infatti, da un lato la disciplina di riferimento trova la propria origine innanzitutto nel diritto e nella giurisprudenza europei², salvo poi essere transitata – attraverso apposite misure di recepimento - nell’ordinamento nazionale³. Dall’altro lato, inoltre, gli appalti verdi rappresentano un chiaro esempio di come, in virtù del principio di integrazione⁴, le istanze di natura ambientale siano lentamente riuscite a pervadere altri ambiti del diritto e, più in generale, del vivere sociale, compreso il mercato⁵. Il riferimento è chiaramente al concetto di "convergenza" citato ieri dalla prof.ssa Sandulli.

In un'ottica europea, infatti, gli appalti pubblici sono passati dall'essere (solo) un tassello fondamentale nella costruzione del mercato unico e baluardo inespugnabile del principio di concorrenza, ad essere (anche) uno strumento di tutela, ancorché indiretta⁶, dell’ambiente⁷. Ciò a riprova di quanto si diceva ieri, vale a dire del fatto che, a fronte di un tempo in cui ambiente e mercato erano letti in netta antitesi, attualmente i termini della questione sono posti in maniera

¹ In questi termini F. DE LEONARDIS, *La disciplina dell’ambiente tra Unione europea e WTO*, in *Dir. amm.*, 2004, 3, 513.

² Imprescindibili a tal proposito i richiami, innanzitutto, a CGCE 17 settembre 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, nonché più di recente a CGUE 10 maggio 2012, *Commissione europea c. Regno dei Paesi Bassi*, C-368/10.

³ Si tratta, questo, di un aspetto costantemente sottolineato dalla dottrina. Da ultimo, sottolinea tale profilo F. DE LEONARDIS, *Norme di gestione ambientale e clausole ecologiche*, in ... 2016, che scrive: “il c.d. << Green Public Procurement >> è nato nel diritto europeo recente (...). Il legislatore nazionale ha iniziato il percorso di recepimento delle indicazioni europee sugli appalti verdi una decina di anni fa a partire dalla legge 27 dicembre 2006 n. 296 (legge finanziaria 2007) che al comma 1126 prevede che si debbano definire a livello amministrativo le specifiche tecniche relative a vari settori in modo da fornire alle amministrazioni parametri tecnici di riferimento da inserire nei bandi di gara”.

⁴ Con specifico riferimento al principio di integrazione, si vedano M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente, come sistema complesso, adattativo, comune*, Giappichelli, Torino, 2007, 218; M. C. CAVALLARO, *Il principio di integrazione come strumento di tutela dell’ambiente*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 2, 467; F. FRACCHIA, *Environmental Law. Principles, Definitions and Protection Models*, Ed. sc., Napoli, 2015, 88, L. PINESCHI, *I principi del diritto internazionale dell’ambiente: dal divieto di inquinamento transfrontaliero alla tutela dell’ambiente come common concern* e O. PORCHIA, *Le politiche dell’Unione europea in materia ambientale*, entrambi in R. FERRARA – M. A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di Diritto dell’ambiente*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2014, rispettivamente pp. 124 ss. e 164 ss..

⁵ Con specifico riferimento al permeare (*rectius*, all’integrazione) delle istanze ambientali nella materia degli appalti, cfr., ad esempio, il recente lavoro di G. FIDONE, *L’integrazione degli interessi ambientali nella disciplina dei contratti pubblici: il green public procurement*, in G. F. CARTEI (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Giappichelli, Torino, 2013, 123.

⁶ Su tale puntualizzazione si veda *amplius* S. VILLAMENA, *Appalti pubblici e clausole ecologiche. Nuove conquiste per la <<competitività non di prezzo>> anche alla luce della recente disciplina europea*, in *Dir. eco.*, 2015, 2, 355.

⁷ In proposito, F. FRACCHIA, *Environmental Law. Principles, Definitions and Protection Models*, cit., 31, parla di “market-based tools” e distingue tra gli strumenti volti a correggere il mercato e quelli volti a creare mercati artificiali. Appartengono sicuramente al primo gruppo le tasse e i sussidi in relazione alle emissioni inquinanti, il sistema di etichettatura e il *green public procurement*. Mentre rientra nel secondo gruppo, ad esempio, il sistema di *emission trading*.

radicalmente diversa⁸. Al punto tale che oggi, non solo non è erroneo dire che "una buona politica ambientale fa bene all'economia", ma anzi, con ogni probabilità, "una accorta politica ambientale è l'unica strada che ci consentirà di fare una buona economia"⁹.

Non a caso da tempo la Corte di giustizia ha preso ad ammettere che – al ricorrere e nel rispetto di determinate condizioni¹⁰ - eccezioni (o, se si preferisce, restrizioni) al principio di concorrenza possono essere giustificate dalla opportunità di perseguire obiettivi di tutela ambientale¹¹. E non a caso sempre più numerosi – tanto a livello europeo quanto, di riflesso, a livello nazionale – sono anche i provvedimenti sia di *soft law*¹² sia di carattere cogente¹³ che spingono verso la costruzione di un modello economico più sostenibile, la c.d. *green economy*¹⁴, nonché ancor più di recente, la c.d. *blu economy*¹⁵.

⁸ Evidenzia questo cambio di prospettiva, ad esempio, M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Annuario AIPDA 2006*, Giuffrè, Milano, 2007, 103.

⁹ Sul punto *amplius* la relazione tenuta nell'ambito di questo convegno da F. DE LEONARDIS, *Il futuro del diritto ambientale: l'economia circolare*, ora consultabile in www.aidambiente.it.

¹⁰ Come sottolineato da parte della dottrina (M. MAZZAMUTO, *Diritto dell'ambiente e sistema comunitario delle libertà economiche*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 6, 1571), infatti, la nota problematica della questione ambientale risiede essenzialmente nel necessario bilanciamento con altri beni e interessi giuridici parimenti meritevoli di tutela. E' per questa ragione, dunque, che – sottolinea l'A. – la Corte di giustizia ha cercato di inquadrare l'interesse ambientale "nel sistema delle libertà economiche", a dimostrazione del fatto che, così come il mercato e la concorrenza non sono valori assoluti, del pari non è "ammissibile alcuna impostazione di unilateralismo ambientalista".

E, dunque, ad un esame della giurisprudenza europea è possibile notare come non manchino casi in cui il fine della tutela dell'ambiente non è prevalso su altri interessi (CGCE 16 novembre 2000, C-217/99; CGCE 29 novembre 2002, C-17/00; CGCE 14 dicembre 2004, C-309/02; CGCE 20 settembre 2007, C-297/05) e come sovente il prevalere dell'interesse ambientale sia stato subordinato al ricorrere di determinate condizioni. In CGCE 20 settembre 1988, *Commissione c. Danimarca*, C-302/1986, ad esempio, la Corte di giustizia ha affermato che la tutela dell'ambiente costituisce un'esigenza imperativa in ragione della quale è ammissibile che una disposizione nazionale vada a limitare la libera circolazione delle merci, a patto però che risultino integrate "tre condizioni: la disciplina nazionale deve applicarsi indistintamente ai prodotti nazionali e a quelli importati; [deve inoltre] essere necessaria per rispondere ad esigenze imperative del diritto comunitario; [e, infine] deve essere proporzionata al fine perseguito".

¹¹ Evidenzia tale aspetto, ad esempio, F. DE LEONARDIS, *La disciplina dell'ambiente*, cit., il quale ricorda come in materia ambientale la Corte di giustizia sia stata una sorta di "attivista politico" e una "fonte di idee fondamentali del processo di integrazione". Tra le pronunce più significative si ricordano CGCE 20 settembre 1988, *Commissione c. Danimarca*, C-302/1986; CGCE 13 luglio 1989, *Enichem c. Cinisello Balsamo*, C- 380/87; CGCE 25 luglio 1991, *Aragonesa de publicidad*, C-1/90; CGCE 9 luglio 1992, *Commissione c. Belgio*, C-2/90; CGCE 13 aprile 1994, *Commissione c. Germania*, C- 131/93; CGCE 17 maggio 1994, *Repubblica francese c. Commissione*, C-41/93; CGCE 3 dicembre 1998, *Bluhme*, C-67/97.

¹² Tra gli altri, si segnalano in particolare la *Comunicazione interpretativa della Commissione. Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*, COM 28 novembre 2001, in GUCE 28 novembre 2001, C-333, nonché il manuale predisposto dalla Commissione europea e intitolato *Acquistare verde! Un manuale sugli appalti pubblici ecocompatibili*, SEC (2004) 1050 del 18 agosto 2004.

¹³ Da ultimo, con specifico riferimento all'ordinamento italiano, si veda il c.d. collegato ambientale, vale a dire la L. 28 dicembre 2015 n. 221, recante *Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali*.

¹⁴ Al riguardo, si vedano inter alia P. ACCONCI, *La "green economy" e la realizzazione dei diritti dell'uomo alla base dello sviluppo sostenibile*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2012, 3, 587; B. BACIGALUPI, *Il nuovo regolamento sui conti economici ambientali europei*, in *Riv. giur. amb.*, 2014, 6, 831; V. CAVANNA, *Economia verde, efficienza delle risorse*

III. È precisamente in questo quadro che si collocano le ultime direttive europee in materia di appalti pubblici (e concessioni)¹⁶, recepite in Italia con il d. lgs. 18 aprile 2016 n. 50 che, avendo abrogato il previgente d. lgs. n. 163/2006¹⁷, contiene oggi la nuova disciplina nazionale in materia di appalti¹⁸.

A tale riguardo, nella giornata di ieri è stato più volte sottolineato come da una lettura del dato normativo emerga il fatto che la componente ambientale attraversa oramai l'intera procedura di evidenza pubblica e anche la fase dell'esecuzione del contratto. Ma vi è di più. L'elemento "dirompente" della nuova legislazione in materia di appalti è infatti rappresentato dall'inserimento, tra i criteri di aggiudicazione, del riferimento al *costo del ciclo di vita* di un prodotto, servizio o lavoro (art. 68 direttiva settori ordinari e art. 96 d. lgs. n. 50/2016)¹⁹. Laddove con tale espressione si intendono sia i costi sostenuti dall'amministrazione aggiudicatrice (i.e. costi di manutenzioni, costi relativi al fine vita del prodotto, ecc.) sia i costi connessi alle c.d. esternalità negative che si

ed economia circolare: il rapporto "SIGNALS 2014" dell'Agenzia europea dell'ambiente, in *Riv. giur. amb.*, 2014, 6, 821; F. FERRI, *Diritto dell'Unione europea e green economy: riflessioni su un rapporto ancora troppo "verde"*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, 1, 109; S. LEONI, *Le aziende pubbliche come strumento per muovere il mercato verso la green economy*, in *Comuni d'Italia*, 2014, 2, 49; P. MIGLIORINI, *Dalla Commissione europea – Il piano d'azione per l'eco-innovazione*, in *Riv., giur. amb.*, 2013, 1, 145; L. PINESCHI, *La conferenza di Rio 2012: dallo "Zero Draft" a "The Future We Want". Rio + 20 o vent'anni trascorsi inutilmente?*, in *Riv. giur. amb.*, 2012, 6, 795; A. POSTIGLIONE, *La "Green Economy" dopo Rio + 20*, in *Dir. e giur. agraria, alimentare e dell'ambiente*, 2013, 9, 51; P. C. SANDEI – F. PAVANINI, *"The Future We Want" (o quello che avrebbe voluto l'Unione europea)*, in *Riv. giur. amb.*, 2012, 6, 851.

¹⁵ Sul punto amplius F. DE LEONARDIS, *Il futuro del diritto ambientale: l'economia circolare*, cit..

¹⁶ Direttive del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (2014/23/UE), sugli appalti pubblici (2014/24/UE) e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali (2014/25/UE), in G.U.C.E. L. 94/65, 28 marzo 2014. Dette direttive sono entrate in vigore il 18 aprile 2014 e gli Stati membri erano chiamati a recepirle entro il 18 aprile 2016. Sull'argomento, si vedano ad esempio H. CAROLI CASAVOLA E A., *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 12, 1135 e ss.; G. D. COMPORI, *La sfida delle nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *Federalismi.it*, n. 6/2015; F. MARTINES, *Le direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, in *Federalismi.it*, n. 11/2015.

¹⁷ D. lgs. 12 aprile 2006 n. 16, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/Ce e 2004/18/Ce*, noto anche come Codice De Lise, cui si accompagnava il relativo regolamento di attuazione ed esecuzione, D.P.R. n. 207/2010.

¹⁸ D. lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (in vigore dal 19 aprile 2016), recante *Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*. Per un primo commento al decreto in argomento cfr., *inter alia*, R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016, 5, 503.

¹⁹ Aspetto questo chiaramente sottolineato da S. VILLAMENA, *Appalti pubblici e clausole ecologiche. Nuove conquiste per la <<competitività non di prezzo>> anche alla luce della recente disciplina europea*, cit..

legano al prodotto, servizio, lavoro nel suo interno ciclo di vita (i.e. costi delle emissioni di gas a effetto serra, ecc.).

Ora, la circostanza che tale concetto non sia più relegato nei soli atti di *soft law*, ma compaia all'interno di atti di normazione primaria segna certamente un primo passo di avvicinamento (quantomeno potenziale) verso un modello di *green economy* e finanche di *blue economy*. E in ogni caso conferma - o per meglio dire, rafforza - il ruolo strategico degli appalti nella materia ambientale. Come osservato, infatti, "attraverso l'orientamento delle loro preferenze e delle loro scelte in senso ambientale, le amministrazioni innescano un meccanismo virtuoso che stimola, dentro il mercato, le imprese verso modalità di produzione ecocompatibili"²⁰.

Ciò non di meno, il fatto che gli appalti (verdi) da un lato rivestano grande importanza ai fini ambientali e dall'altro lato trovino la loro disciplina giuridica pressoché integralmente al di fuori del Codice dell'ambiente o T.U. ambientale (eccezion fatta per gli artt. 180 e 196 d. lgs. n. 152/2006, entrambi però contenuti nella parte IV del T.U. e dunque espressamente riferiti alla materia dei rifiuti), conferma un altro aspetto più volte sottolineato nel corso della giornata di ieri. Vale a dire il fatto che il d. lgs. n. 152/2006 ha svolto e svolge tutt'ora una preziosa "funzione topografica"²¹, ma che certamente lo stesso non è esaustivo dell'intera disciplina ambientale. La quale, dunque, ancora oggi sconta la mancanza di sistematicità.

IV. Proprio per questa ragione, e tenuto conto del fatto che ieri in più occasioni si è parlato della possibilità, se non addirittura della opportunità, di una riforma o di più micro riforme del Codice dell'ambiente, a chiusura di questo breve intervento sembra possibile avanzare un interrogativo.

²⁰ G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, cit., il quale prosegue puntualizzando: "non si tratta, dunque, di una diminuzione di attenzione rispetto alla protezione dei valori della concorrenza in favore delle nuove istanze sociali e ambientali ma del definitivo riconoscimento della necessità di coniugare tali istanze non economiche con i meccanismi tipici del mercato concorrenziale".

²¹ In questo senso M. CECCHETTI, *La governance del diritto ambientale: rapporti tra fonti e rapporti tra Ministero e organi tecnici*, relazione svolta nell'ambito del convegno in oggetto e ora consultabile in www.aidambiente.it.

Benché certamente nel T.U. ambientale siano rinvenibili alcuni principi fondamentali in materia di GPP, quali sono quello di integrazione e quello dello sviluppo sostenibile, non potrebbe forse essere interessante riflettere sull'opportunità - qualora davvero si metta mano ad una riforma del d.lgs. n. 152/2006 - di inserire nel suo articolato una o più norme di carattere generale riferite all'istituto in argomento?

Da questo punto di vista, peraltro potrebbe essere interessante osservare come gli altri Paesi europei hanno recepito le direttive appalti del 2014²² e, più in generale, in quale "sede" o "contesto" normativo abbiano collocato le norme in materia di *Green Public Procurement*. Ciò anche in ragione del valore aggiunto che la comparazione reca nella materia ambientale²³. Lungi dal risolversi in una "sterile" omologazione, infatti, essa può rappresentare al contrario l'occasione per un fecondo scambio di idee e prospettive²⁴.

²² Sul punto, si segnala ad esempio una ricerca condotta congiuntamente dal Dipartimento della Presidenza del Consiglio dei Ministri per le politiche europee e dall'ANAC intitolata *Comparative Survey on the Transposition of the New EU Public Procurement Package*, 2014 (www.publicprocurementwork.org).

²³ Al riguardo, cfr. *inter alia* D. AMIRANTE, *Diritto ambientale italiano e comparato*, Jovene, Napoli, 2003 e G. CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, Cedam, Padova, 2002.

²⁴ Di questo avviso F. FRACCHIA, *Il diritto ambientale comparato*, relazione svolta nell'ambito del convegno in oggetto e ora consultabile in www.aidambiente.it.