

CODICE DEI CONTRATTI

# Infrastrutture, contratti pubblici e sostenibilità ambientale e sociale nel nuovo Codice: *quid novi?*\*

**SOMMARIO:** **1.** Inquadramenti preliminari (sui contenuti e sugli obiettivi del lavoro e sul c.d. “sistema CAM”). **2.** Il paradigma della sostenibilità nella fase di definizione della caratteristica dell’infrastruttura. La conferma (integrale) del carattere mandatory del “sistema CAM”. **2.1.** L’affermarsi di un approccio mandatory anche a livello Ue. **3.** La rilevanza degli interessi c.d. orizzontali nella fase di selezione degli offerenti nel prisma della distinzione tra funzione strategica *positiva e negativa*. **4.** Contratti pubblici sostenibili e requisiti particolari per l’esecuzione del contratto. **4.1.** Le rilevanti novità del d.lgs. n. 36/2023 in tema di clausole sociali di prima, seconda e terza generazione. **4.2.** La definitiva consacrazione della verifica sul rispetto delle clausole sociali come questione riguardante (anche) la “fase di gara”. **4.2.1.** L’effettività degli obblighi sociali e ambientali nel nuovo Codice: profili di criticità. **5.** Notazioni conclusive e di sintesi sui contratti pubblici e infrastrutture sostenibili nel nuovo Codice.

DI EDOARDO CARUSO

**ABSTRACT:** Il contributo analizza i concetti di infrastruttura e di contratto pubblico sostenibile nella ricerca dei possibili punti di contatto tra gli stessi; intersezioni che hanno condotto all’elaborazione della nozione di *sustainable infrastructure*.

**ABSTRACT:** *The essay analyzes the concepts of infrastructure and sustainable public contract in the search for possible points of contact between them; intersections that led to the development of the notion of “sustainable infrastructure”.*

## 1. Inquadramenti preliminari (sui contenuti e sugli obiettivi del lavoro e sul c.d. “sistema CAM”).

Il concetto di infrastruttura e quello di contratto pubblico sostenibile presentano certamente dei punti di contatto o, meglio, di intersezione, ben colti dalla dottrina che ha coniato la nozione di «*sustainable infrastructure*»<sup>(1)</sup>. Quanto ampia sia la sovrapposizione tra i rispettivi cerchi concentrici dipende, però, da quale specifica definizione si accoglie di questi due concetti.

Con riguardo al primo, possono riprendersi le recenti notazioni di autorevole dottrina che ha distinto tra una nozione lata di infrastruttura che analizza la categoria da una prospettiva socio-economica, «talmente ampia da ricomprendere qualsiasi opera

\* Il presente contributo è destinato al volume a cura di G. PIPERATA, *Città, infrastrutture e contratti pubblici. Le sfide del nuovo codice* di prossima pubblicazione, contenente gli atti del convegno tenutosi presso l’Università IUAV di Venezia in data 8 e 9 maggio 2023.

1 Cfr. L. TREVIÑO-LOZANO, O. MARTIN-ORTEGA, *Sustainable public procurement of infrastructure and human rights: linkages and gaps*, in O. MARTIN-ORTEGA, L. TREVIÑO-LOZANO (a cura di), *Sustainable Public Procurement of Infrastructure and Human Rights. Beyond Building Green*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2023, che, oltre a osservare come «both the existence and the absence of infrastructure have direct impacts on individual’s human rights and sustainable development» (19), fanno propria una nozione di “infrastruttura sostenibile” che ricomprende la «infrastructure planned, designed, constructed, operated and decommissioned in a manner that ensures economic and financial, social, environmental (including climate resilience) and institutional sustainability over entire life cycle of the project» (2).

pubblica e forse anche le opere private con un rilievo di interesse pubblico», e una nozione più ristretta, volta a rafforzarne la pregnanza e l'autonomia concettuale sul piano giuridico. Secondo questa seconda nozione, sarebbero qualificabili quali infrastrutture (solo) le opere e gli impianti *pubblici*, progettati e realizzati mediante l'intervento, a qualunque titolo, dei pubblici poteri volto alla costruzione di una rete o di un sistema non facilmente duplicabile, strumentale all'esercizio di una funzione o di un servizio pubblico ovvero di un diritto o di una libertà fondamentale<sup>(2)</sup>.

Questa distinzione, "interna" alla nozione di infrastruttura, è certamente di rilievo nell'economia del presente contributo, il cui fine ultimo è verificare se il nuovo Codice, adottato con d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, possa ritenersi, rispetto al previgente, più o meno in linea rispetto all'obiettivo di rendere la politica infrastrutturale del Paese, la loro realizzazione e gestione, funzionali al paradigma olistico della sostenibilità. Pur risultando necessario introdurla, essa può, tuttavia, rimanere sullo sfondo dal momento che le considerazioni che seguono risultano pertinenti con riguardo tanto alla nozione lata di infrastruttura (che ricomprenda anche opere pubbliche quali le scuole, gli ospedali e le prigioni), quanto a quella più ristretta, circoscritta alle opere strumentali alla mobilità, ai trasporti, alle telecomunicazioni, ai servizi idrici ed energetici<sup>(3)</sup>.

Di maggior rilievo ai nostri fini risultano, invece, le precisazioni (e le delimitazioni) riguardanti il concetto di contratto pubblico sostenibile, potendosi ravvisare due distinte modalità attraverso cui l'agire negoziale dell'amministrazione può costituire uno strumento al servizio di obiettivi di sostenibilità, sociale o ambientale<sup>(4)</sup>.

In primo luogo, l'infrastruttura che l'amministrazione decide di acquisire può essere di per sé rivolta a soddisfare esigenze di sostenibilità. Per chiarire il concetto, si può richiamare la Missione 9 dell'Agenda 2030 («Imprese, innovazione e infrastrutture») ove si sottolinea l'importanza degli investimenti in infrastrutture «per realizzare lo sviluppo sostenibile e per rafforzare le capacità delle comunità in molti paesi», come pure la costruzione di una scuola che richiede alla p.a. di aggiudicare un appalto il cui oggetto è *ex sé* rivolto al perseguimento degli obiettivi di sostenibilità oggetto della Missione 4 sull'"istruzione di qualità"<sup>(5)</sup>. In tal caso la prospettiva della sostenibilità attiene a scelte politiche sull'allocatione delle risorse pubbliche rispetto alle quali, a ben vedere, il Codice dei contratti pubblici certamente rileva, ma in termini limitati e indiretti. La disciplina sulla programmazione<sup>(6)</sup>, infatti, disciplina soprattutto le *modalità* con cui vanno compiute tali scelte (più che i contenuti), sebbene non manchino previsioni che incidono, più o meno direttamente, sul merito delle scelte programmatiche: si pensi, sempre in via esemplificativa, alla priorità riconosciuta alle opere incompiute o a quelle oggetto di specifici finanziamenti, come pure ai possibili riflessi sulle scelte

2 G. PIPERATA, voce *Infrastrutture, strade e mobilità*, in *Enc. dir., I Tematici, III - Funzioni Amministrative*, diretto da B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI, Milano, Giuffrè, 2022, 685 ss., spec. 687-688.

3 Ciò che rileva ai fini della presente trattazione nostri fini è che la realizzazione ed, eventualmente, la gestione dell'opera pubblica siano sottoposte al rispetto del diritto euronitario dei contratti pubblici.

4 Questa distinzione è stata puntualmente sottolineata da F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'agenda ONU 2030*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2022, 243 ss., spec. 245.

5 Come notato L. TREVIÑO-LOZANO, O. MARTÍN-ORTEGA, *Sustainable public procurement*, cit., 19, ma maggior parte degli obiettivi richiamati dalle Missioni dell'Agenda 2030 sono strettamente legate alla realizzazione delle infrastrutture e all'attività contrattuale della p.a.; in generale su questo legame, cfr. A. LA CHIMIA, *Appalti e sviluppo sostenibile nell'Agenda 2030*, in L. FIORENTINO, A. LA CHIMIA (a cura di), *Il procurement delle pubbliche amministrazioni. Tra innovazione e sostenibilità*, Bologna, Il Mulino, 2021, 73 ss. D'altronde,

6 Cfr. sul tema F. PELLIZZER, *La programmazione e la progettazione*, in F. MASTRAGOSTINO, G. PIPERATA (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, in corso di pubbl.; R. DIPACE, *Programmazione e progettazione*, in S. FANTINI, H. SIMONETTI (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, Piacenza, La Tribuna, 81 ss.; R. GRECO, *Programmazione e progettazione. Le novità del nuovo codice*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

allocativa delle operazioni di dibattito pubblico<sup>(7)</sup> o, ancora, al peculiare regime previsto per le infrastrutture strategiche e di preminente interesse nazionale che richiede alle amministrazioni di considerare profili relativi al riequilibrio economico-sociale e alla sostenibilità ambientale (cfr. art. 39, co. 3 del Codice)<sup>(8)</sup>.

In secondo luogo, il rapporto tra sostenibilità, sociale o ambientale, e contratti pubblici (e quindi infrastrutture) può riguardare la fase successiva alla scelta sulla destinazione delle risorse pubbliche, quando cioè si tratta di rendere sostenibile l'infrastruttura che si è scelto di acquistare e la sua realizzazione, al netto di quale sia l'interesse specifico del contratto; si pensi sempre alla Missione 9 dell'Agenda 2030 che, in aggiunta a quanto sopra osservato, richiede di sviluppare infrastrutture, affidabili, resilienti e sostenibili, a prescindere dall'interesse primario che con essa si intende realizzare; o, ancora, si pensi all'acquisto di calzature da lavoro e accessori in pelle caratterizzato dall'attenzione per aspetti etici e sociali lungo tutta la catena di fornitura.

In questa seconda prospettiva, di maggior rilievo per il diritto dei contratti pubblici strettamente inteso, e oggetto di precipua attenzione nel presente contributo, le finalità sociali o ambientali condizionano trasversalmente o, meglio, *orizzontalmente* l'operazione contrattuale, giustapponendosi all'interesse specifico del contratto<sup>(9)</sup>.

L'inserimento di interessi orizzontali<sup>(10)</sup> può interessare l'intero ciclo di vita della prestazione oggetto del contratto e, più in generale, dell'operazione contrattuale. Invero, alle condizioni sociali e/o ambientali viene di norma garantito rilievo *a)* nella definizione delle caratteristiche dell'infrastruttura e del relativo processo di produzione o di altra fase del suo ciclo di vita (tramite l'elaborazione di apposite specifiche tecniche, cfr. art. 79 e Allegato II.5); *b)* nella definizione delle caratteristiche soggettive dell'aggiudicatario ("in positivo" tramite i requisiti speciali di partecipazione e "in negativo" tramite le cause di esclusione, cfr. artt. 99 ss. e 94 ss.; su tale distinzione v. *infra* § 3); *c)* infine, tramite l'imposizione di specifici oneri e/o modalità che l'aggiudicatario deve rispettare nell'esecuzione del contratto che trovano concretizzazione in apposite clausole contrattuali o, più tecnicamente, nei «requisiti particolari per l'esecuzione del contratto» (cfr. art. 113). Carattere trasversale presenta, invece, il meccanismo/strumento dei criteri di aggiudicazioni (cfr. 108 e Allegato II.8 sul criterio dei costi del ciclo di vita), tramite cui è possibile attribuire un punteggio premiale per aspetti sociali che riguardano tanto le caratteristiche della prestazione oggetto del contratto e le modalità di esecuzione della prestazione, quanto le caratteristiche soggettive dell'offerente (in quest'ultima ipotesi, però, è necessario che tali profili soggettivi possano avere «un'influenza significativa sul livello di esecuzione dell'appalto»)<sup>(11)</sup>.

Al riguardo, è possibile giungere a una prima, preliminare, conclusione: nel disciplinare i richiamati meccanismi della procedura di affidamento, il nuovo Codice ripropone tutte le previsioni che legittimano le stazioni appaltatrici a inserire considerazioni

7 Cfr. E. GUARNEIRI, *Il dibattito pubblico nel nuovo codice dei contratti pubblici: variazioni oltre la semplificazione amministrativa*, nel volume a cura di G. PIPERATA, *Città, infrastrutture e contratti pubblici. Le sfide del nuovo codice*, di prossima pubblicazione.

8 Cfr. A. MAGLIARI, *I contratti pubblici per le infrastrutture nel prisma del PNRR*, nel volume a cura di G. PIPERATA, *Città, infrastrutture e contratti pubblici. Le sfide del nuovo codice*, di prossima pubblicazione.

9 S. ARROWSMITH - P. KUNZLIK (a cura di), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 9 ss.; A. MASSERA, F. MERLONI, *Leterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 587 ss.

10 Dal momento che è questa la prospettiva seguita nel presente contributo, si utilizzerà l'espressione interessi orizzontali tutte le volte in cui risulterà irrilevante la distinzione tra profili sociali e ambientali.

11 La condizione legittimante criteri premiali concernenti caratteristiche soggettive dell'offerente e dei suoi dipendenti («organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto»), ovvero che queste possano «avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto», non è espressamente prevista nel nuovo Codice; tale condizione, tuttavia, va ritenuta tuttora vigente stante la corrispondente previsione nel diritto Ue (cfr. art. 67 par. 2, lett. b direttiva appalti 2014/24/UE).

di naturale sociale e/o ambientale. Detto in altri termini, viene confermato il “nucleo minimo” del quadro regolatorio sulla funzione sociale dei contratti pubblici, ovvero quelle previsioni che concretano l’approccio abilitante (c.d. “*enabling approach*”) seguito dal legislatore europeo nella redazione delle direttive sui *public procurement* del 2014 (*infra*, § 2.1). Al tempo stesso, vengono confermati i limiti previsti dal previgente Codice all’utilizzo strategico del contratto da parte delle p.a., tra cui innanzitutto il necessario collegamento con l’oggetto del contratto di tutte le considerazioni sociali e ambientali; rimane quindi fermo, per legislatori e amministrazioni nazionali, il divieto di incidere, tramite la contrattualistica pubblica, sulla politica aziendale generale degli operatori economici<sup>(12)</sup>.

Appurato tale profilo, nei successivi paragrafi l’attenzione sarà rivolta a verificare se e in che termini il nuovo Codice, per un verso, rafforzi il c.d. *mandatory approach* attraverso previsioni che impongono alle p.a. di introdurre, negli atti di gara, clausole sociali e/o ambientali; per altro verso, sia idoneo a indirizzare la discrezionalità delle stazioni appaltati, sicuramente rafforzata dal binomio fiducia-risultato (artt. 1 e 2), verso il raggiungimento di obiettivi coerenti con il paradigma della sostenibilità.

Prima di procedere in tal senso, pare opportuna una precisazione ulteriore, sempre riguardante i “momenti” dell’operazione contrattuale che consentono l’ingresso di considerazioni sociali e ambientali nel singolo acquisto della p.a. Ancorché si tratti di fasi logicamente e temporalmente distinte, la loro “colorazione” in termini di sostenibilità avviene a monte e in modo unitario. D’altronde, la stessa costruzione degli atti di gara dovrebbe rappresentare l’attuazione di una chiara e predefinita strategia di sostenibilità, da perseguire (anche) attraverso l’attività negoziale<sup>(13)</sup>. Sul punto va però criticamente segnalata l’assenza nel nuovo Codice, così come nelle normative previgenti, di previsioni volte a imporre e/o favorire l’elaborazione da parte delle pubbliche amministrazioni di strategie di sostenibilità (del ciclo di vita) degli acquisti<sup>(14)</sup>.

Questa lacuna è almeno in parte compensata dal c.d. “sistema dei criteri ambientali minimi” o “sistema CAM” e, in particolare, dal “Piano d’azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della Pubblica amministrazione” (di seguito, PAN GPP), di recente “aggiornato” ad opera del d.m. 3 agosto 2023<sup>(15)</sup>, che sostituisce la previgenti versioni nell’ottica di recepire le più recenti indicazioni ordinarie (da quelle del *Green Deal* a quelle del *NextGenerationEU*), tra cui il principio del “*Do No Significant Harm*” (DNSH)<sup>(16)</sup>. Nel Piano – la cui ultima versione si caratterizza per far propria una concezione ancor più olistica di sostenibilità – sono infatti individua-

12 Così il considerando n. 97 della direttiva appalti 97

13 S. VALAGUZZA, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli, 2018.

14 Si consideri, invero, che la gradualità della decisione dell’amministrazione, e la riduzione delle asimmetrie informative che essa di norma comporta, rileva non solo in termini di garanzia per il mercato, ma anche come strumento per consentire agli operatori economici di attrezzarsi per offerte maggiormente idonee a soddisfare i bisogni sociali e ambientali evidenziati dalla p.a. (in questa direzione v. G. RACCA, *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, C. MARZUOLI, S. TORRICELLI (a cura di), *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, Napoli, Editoriale Scientifica, 171 ss.) Peraltro, dal momento che una delle possibili funzioni dei contratti pubblici è orientare le imprese verso scelte sostenibili, solo una strategia chiara e ben definita a monte può dirsi in grado di raggiungere tale obiettivo. Sull’importanza di considerare, in una logica di sostenibilità, l’intero ciclo degli acquisti, cfr. A. LA CHIMIA, *Appalti e sviluppo sostenibile nell’Agenda 2030*, cit., 73 ss.

15 G.U. n. 193 del 19.08.23.

16 Tale sistema trova fondamento normativo nell’art. 1, co. 1126 ss. della l. 27 dicembre 2006, n. 296 («Legge finanziaria 2007») che dà attuazione a indicazioni provenienti dall’ordinamento comunitario, in particolare dalla comunicazione della Commissione, «*Politica integrata dei prodotti. Sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale*», 18 giugno 2003, COM(2003) 302 def.

te alcune macro finalità ambientali, sociali ed economiche<sup>(17)</sup> il cui perseguimento è rimesso innanzitutto ai decreti ministeriali riguardanti specifici settori merceologici, contenenti i singoli criteri ambientali minimi (*infra* § 2) e, in seconda battuta, ad atti normativi e/o pianificatori di livello regionale e/o locale (inclusi Piani d'azione regionali)<sup>(18)</sup>. Non è escluso, infatti, che le singole amministrazioni, adeguatamente “aggregate” nell'esercizio della loro autonomia organizzativa e della loro potestà regolamentare, sviluppino specifiche strategie di sostenibilità, al fine di attuare e/o integrare il PAN GPP; e ciò anche alla luce delle più recenti indicazioni ordinarie in tema di pianificazione integrata, sempre più orientata alla produzione di valore pubblico e incentrata su approcci “mission oriented”<sup>(19)</sup>.

Per concludere questo inquadramento preliminare, vale osservare come la trasversalità con cui il tema infrastrutture attraversa il diritto dei contratti pubblici impone un confronto con gran parte del Codice, venendo in rilievo non solo la disciplina sugli appalti di opera pubblica nei settori ordinari, ma anche la disciplina sui settori speciali e, soprattutto, quella sul partenariato pubblico-privato e sulle concessioni<sup>(20)</sup>; d'altronde, delle due ragioni che hanno contribuito alla fortuna dello strumento partenariale per la realizzazione delle infrastrutture, ovvero la carenza delle competenze tecniche e di risorse economiche<sup>(21)</sup>, la seconda è destinata ad acuirsi una volta che saranno esaurite le risorse del PNRR.

## 2. Il paradigma della sostenibilità nella fase di definizione della caratteristica dell'infrastruttura. La conferma (integrale) del carattere *mandatory* del “sistema CAM”.

Quanto al primo dei tre momenti sopra individuati, relativo all'inserimento di considerazioni orizzontali nella definizione delle caratteristiche dell'infrastruttura, vengono in rilievo prevalentemente esigenze di sostenibilità ambientale, mentre tra i profili sociali vi è spazio principalmente per aspetti di accessibilità per le persone con disabilità; d'altronde, nemmeno nel nuovo Codice si rintraccia – in linea con l'assenza di indicazioni in tal senso nella legge delega – un significativo passo in avanti rispetto all'obiettivo (per vero, non semplice) di rendere gli acquisti della p.a. uno strumento per tutelare i diritti umani lungo la catena (internazionale) di fornitura<sup>(22)</sup>.

Con specifico riferimento alla disciplina sulla fase di progettazione<sup>(23)</sup>, una valutazione complessiva e di insieme, l'unica possibile in questa sede, porta a un giudizio di sostanziale equivalenza rispetto al quadro normativo previgente. Non che manchino

17 Migliorare l'efficienza nell'uso dei materiali e ridurre la produzione di rifiuti per la promozione di modelli di economia circolare; riduzione delle emissioni di gas climalteranti al fine della mitigazione ai cambiamenti climatici e adattamento ai cambiamenti climatici; ridurre l'utilizzo e l'emissione di sostanze pericolose per prevenire e ridurre l'inquinamento; migliorare innovatività e competitività delle imprese nazionali; tutelare gli aspetti etici e sociali anche lungo le filiere produttive.

18 Cfr. par. 5, PAN GPP 2023

19 Sul tema, P. LOMBARDI, *PIAO e prevenzione della corruzione: verso l'orizzonte del Valore Pubblico*, in *Federalismi.it*, 19/2023, 186 ss.; A. CORRADO, *La difficile strada della semplificazione imboccata dal PIAO*, in *Federalismi.it*, 27/2022, 186 ss.; C. TUBERTINI, *La nuova pianificazione integrata dell'attività e dell'organizzazione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2022, 614 ss.

20 Sulle concessioni nel nuovo Codice, e in particolare sul delicato tema dell'equilibrio contrattuale, cfr. F. PELIZZER, commento sub artt. 177 e 179, in G. MORBIDELLI, G.F. FERRARI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Piacenza, La Tribuna, 2023; G. TORELLI, *Le concessioni di lavori e servizi tra vecchio e nuovo codice: i nodi dell'equilibrio contrattuale*, nel volume a cura di G. PIPERATA, *Città, infrastrutture e contratti pubblici. Le sfide del nuovo codice*, di prossima pubblicazione. V. pure, con riguardo a un settore specifico, A. SANDULLI, *Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2, 513 ss.

21 cfr. G. PIPERATA *Introduzione. La collaborazione pubblico-privato nell'ordinamento comunitario e nazionale*, F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2011, 3 ss.

22 Per quanto, va detto, il “sistema CAM” dedichi tradizionalmente attenzione a questo profilo; cfr. p. 3.2.5 del PAN GPP 2023.

23 Cfr. i riferimenti dottrinali *sub* nt 4.

novità sul tema rispetto al Codice del 2016 ma, nella prospettiva di analisi intrapresa, circoscritta all'attenzione riservata alla sostenibilità ambientale dell'opera pubblica in fase di progettazione, si tratta di innovazioni che non configurano né grossi passi in avanti nella direzione della sostenibilità né brusche frenate.

Per un verso, dagli obiettivi di semplificazione e snellimento procedurale posti dalla delega legislativa, che trovano riflesso anche nella nuova disciplina sulla progettazione, potrebbe conseguire un arretramento, ancorché minimale, della logica preventiva nella tutela degli interessi ambientali<sup>(24)</sup>. Si fa riferimento non tanto alla riduzione da tre a due livelli di successivi approfondimenti tecnici (il “progetto di fattibilità tecnico-economica” e il “progetto esecutivo”)<sup>(25)</sup>, che appare neutra rispetto alla prospettiva di indagine intrapresa, quanto al rilievo dei documenti progettuali rispetto agli atti programmatori. Nello specifico, ci si riferisce alla non obbligatorietà del primo livello di progettazione (PFTE) ai fini dell'inserimento negli elenchi annuali dei lavori di importo superiore a 1 mln di euro (come già previsto dall'art. 21, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016), come pure all'ulteriore semplificazione, rapportata al valore degli interventi, relativa agli adempimenti “tecnico-progettuali” richiesti per l'inserimento negli atti di programmazione<sup>(26)</sup>.

Per altro verso, la funzionalità della fase di progettazione agli obiettivi di sostenibilità potrebbe risultare rafforzata non solo dal più esplicito richiamo al rispetto del «principio della sostenibilità economica, territoriale, ambientale e sociale dell'intervento (...)» contenuto nell'art. 41, co. 1, lett. f), ma anche dall'introduzione, tra le relazioni del progetto di fattibilità tecnico-economica, della “*Relazione di sostenibilità*” (cfr. art. 11, Allegato I.7). Questo documento, oltre a descrivere gli obiettivi primari dell'opera in relazione alla comunità e ai territori interessati, illustra gli eventuali contributi dell'opera in relazione ad almeno uno o più degli obiettivi ambientali individuati a livello Ue<sup>(27)</sup>. Tramite esso il RUP deve dar conto delle stime – rapportate al “ciclo di vita” dell'intervento – degli impatti energetici dell'opera, nonché di quelli di natura socio-economica, con particolare riferimento alla promozione dell'inclusione sociale, alla riduzione delle disuguaglianze e dei divari territoriali, al miglioramento della qualità della vita dei cittadini, nonché all'individuazione delle misure di tutela del lavoro dignitoso (inclusa l'indicazione dei CCNL applicati), in relazione all'intera filiera dell'appalto.

Per quanto risulti prematuro sbilanciarsi sul suo effettivo impatto, l'obbligo di redigere la Relazione di sostenibilità dovrebbe indurre le stazioni appaltanti a riservare maggiore attenzione agli impatti ambientali e sociale dell'opera, così da rafforzare il ruolo degli appalti pubblici nella direzione della transizione ecologica e della sostenibilità degli acquisti<sup>(28)</sup>.

In ogni caso, di centrale rilievo nell'ottica di rinvolvere ai suddetti obiettivi la fase di definizione delle caratteristiche dell'infrastruttura è il “sistema CAM” e, nello specifico, la sua “parte *mandatory*” volta a imporre l'inserimento negli atti di gara di alcuni criteri ambientali minimi previsti dagli appositi decreti ministeriali.

La torsione obbligatoria che caratterizza il sistema CAM a partire dal primo corret-

24 R. DIPACE, *La logica della prevenzione nella disciplina della programmazione e progettazione di lavori pubblici*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 6, 453 ss.

25 *Amplius* F. PELLIZZER, *La programmazione e la progettazione*, cit., 301-302 ss.

26 *Ibidem*.

27 Mitigazione dei e adattamenti ai cambiamenti climatici; uso sostenibile e protezione delle acque e delle risorse marine; transizione verso un'economia circolare; prevenzione e riduzione dell'inquinamento; protezione e ripristino della biodiversità e degli ecosistemi.

28 Cfr., M. COZZIO, *Transizione ecologica e appalti verdi: nuove regole e soluzioni dell'Unione europea e dell'Italia*, in *Studium iuris*, in corso di pubbl.

tivo del Codice del 2016 è stata confermata dal d.lgs. n. 36/2023<sup>(29)</sup> che, in linea con le indicazioni della legge delega<sup>(30)</sup>, ha ribadito che le stazioni appaltanti devono inserire negli atti di gara, indipendentemente dalla tipologia contrattuale (appalto o concessione) e dal settore (ordinario o speciale)<sup>(31)</sup>, almeno le *specifiche tecniche* e le *clausole contrattuali* previste negli appositi decreti, dovendo invece limitarsi a «tenere in considerazione» i profili ambientali previsti quali criteri di aggiudicazione (art. 57, co. 2). Rimane quindi attuale quell'indirizzo giurisprudenziale che, con riguardo all'art. 34 del d.lgs. n. 50/2026, ha puntualmente sottolineato come i CAM, «lungi dal risolversi in mere norme programmatiche, costituiscono in realtà obblighi immediatamente cogenti per le stazioni appaltanti», nell'ottica di garantire «che la politica nazionale in materia di appalti pubblici verdi sia incisiva non solo nell'obiettivo di ridurre gli impatti ambientali, ma nell'obiettivo di promuovere modelli di produzione e consumo più sostenibili, "circolari" e nel diffondere l'occupazione "verde"»<sup>(32)</sup>.

Va precisato che, in relazione alla asserita continuità del carattere *mandatory* dei criteri ambientali minimi nei due Codici, si rintracciano letture in parte diverse in dottrina. È stato invero osservato che il d.lgs. n. 36/2023 avrebbe annacquato il sistema CAM, stemperandone almeno in parte il carattere cogente. In tal senso vengono richiamati alcuni passaggi dell'art. 57, co. 2, in particolare quello secondo cui «Le stazioni appaltanti valorizzano economicamente le procedure di affidamento di appalti e concessioni conformi ai criteri ambientali minimi», nonché quello volto a differenziare i CAM «ove tecnicamente opportuno, anche in base al valore dell'appalto o della concessione»<sup>(33)</sup>.

In merito al primo periodo pare possibile (e preferibile, anche alla luce del tenore della legge delega) una lettura di opposto tenore, secondo cui esso non indebolirebbe ma anzi promuoverebbe la sostenibilità degli acquisti pubblici<sup>(34)</sup>. Questa diversa soluzione interpretativa ha come presupposto quanto sopra osservato circa l'illegittimità che colpisce gli atti di una procedura non conformi ai criteri ambientali obbligatori (specifiche tecniche alle condizioni contrattuali); avrebbe poco senso, in altri termini, una previsione che richiede alle stazioni appaltanti di promuovere determinati affidamenti sol perché conformi alla legge e, quindi, non illegittimi. Pertanto, le «procedure conformi» ai CAM che, secondo il nuovo art. 57, co. 2, le stazioni appaltanti dovrebbero valorizzare economicamente sarebbero quelle in cui sono stati inseriti, in aggiunta alle specifiche tecniche alle condizioni contrattuali obbligatorie, anche i criteri am-

29 Così anche A. MALTONI, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio "mandatory-rigido" ad uno di tipo "funzionale"?*, in *Ceripap*, n. 3/2023.

30 Cfr. art. 1, co.2, lett. f, legge delega 21 giugno 2022, n. 78: «previsione di misure volte a garantire il rispetto dei criteri di responsabilità energetica e ambientale nell'affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, in particolare attraverso la definizione di criteri ambientali minimi, da rispettare obbligatoriamente, differenziati per tipologie ed importi di appalto e valorizzati economicamente nelle procedure di affidamento».

31 Con riguardo ai settori speciali, rileva il richiamo all'art. 57 operato dall'art. 141, mentre con riguardo alle concessioni è lo stesso art. 57 a prenderle in considerazione insieme agli appalti.

32 Così Cons. St., sez. III, 14 ottobre 2022, n. 8773 (richiamando Cons. St., sez. V, 5 agosto 2022, n. 6934) che precisa come tale evoluzione contribuisca a «connotare l'evoluzione del contratto d'appalto pubblico da mero strumento di acquisizione di beni e servizi a strumento di politica economica: in particolare, come affermato in dottrina, i cc.dd. *green public procurements* si connotano per essere un "segmento dell'economia circolare"».

33 L'introduzione, nella nuova normativa, di questa seconda disposizione va considerata congiuntamente alla mancata riposizione dell'ultimo periodo del previgente art. 34 secondo cui i relativi obblighi si applicavano agli «affidamenti di qualunque importo».

34 In termini simili, seppur non coincidenti, cfr. S. VERNILE, «Nuovo Codice dei contratti pubblici e criteri ambientali minimi per l'economia circolare», in *Riv. giur. amb.*, 3, 2023, 979 ss., spec. 989; v. pure G. MORBIDELLI, G.F. FERRARI (a cura di), *Commento sub art. 57, in Codice dei contratti pubblici*, Piacenza, La Tribuna, 2023 ove si osserva che «anche sulla scorta della legge delega, si deve privilegiare in proposito un'interpretazione nel senso dell'attribuzione di un punteggio aggiuntivo alle offerte che rispondano ai cd. criteri preferenziali, anch'essi identificati dai CAM stessi, fermo restando che le offerte debbono comunque conformarsi, quale requisito di ammissibilità, ai criteri ambientali minimi».

bientali *non mandatory* (es. criteri di aggiudicazione, requisiti speciali di partecipazione, specifiche tecniche aggiuntive, criteri sociali). In ogni caso, a prescindere dalla bontà dell'interpretazione suggerita, non si può evitare un giudizio critico nei confronti dei redattori del Codice che hanno introdotto una disposizione oggettivamente imprecisa, senza peraltro fornire alle amministrazioni alcuna indicazione operativa su come “valorizzare” le commesse conformi ai CAM.

In relazione al secondo periodo che dispone un'applicazione “graduabile” dei CAM sulla base del valore del contratto, va innanzitutto osservato come la relativa previsione sia rivolta al MATTIM, non direttamente alle stazioni appaltanti; saranno quindi i decreti ministeriali a dover differenziare, ove tecnicamente possibile e in una logica di proporzionalità, i singoli criteri ambientali alla luce del valore della commessa. Nel riflettere sui possibili impatti di tale previsione sulla coerenza del sistema CAM va in aggiunta considerato che il quadro normativo previgente, pur in assenza di una previsione analoga, non imponeva un'applicazione necessariamente meccanica e uniforme dei CAM, ammettendone invece possibili graduazioni da parte delle stesse stazioni appaltanti. A supporto di tale conclusione si può richiamare l'ultima versione dei CAM edilizia (G.U. n. 183 del 6.8.2022) ove si valorizza l'importanza della “Relazione tecnica e relativi elaborati di applicazione CAM” (c.d. “relazione CAM” prevista dagli artt. 14 ss. del d.P.R. n. 207/2010)<sup>(35)</sup> nell'ottica di consentire al RUP di dare evidenza «delle modalità di contestualizzazione delle specifiche tecniche alla tipologia di opere oggetto dell'affidamento» nonché «dei motivi di carattere tecnico che hanno portato all'eventuale applicazione parziale o mancata applicazione delle specifiche tecniche»<sup>(36)</sup>.

Per sintetizzare, nemmeno la previsione sulla possibilità di graduare i CAM pare riflettere l'intenzione del legislatore delegato di definire un rinnovato assetto degli interessi caratterizzato da una minor pregnanza degli obiettivi di sostenibilità; semmai, la maggiore flessibilità che connota l'art. 57, co. 2 sarebbe volta ad agevolare la compatibilizzazione tra l'interesse specifico del contratto e le finalità orizzontali, a tutela del risultato amministrativo ma anche, si ritiene, di una maggiore “stabilizzazione” della funzione sociale dei contratti pubblici<sup>(37)</sup>. Il fatto che l'applicazione graduabile dei CAM sia rimessa al Ministero nella redazione dei decreti (e non alle singole stazioni appaltanti) rende senz'altro meno probabile che la maggior flessibilità del nuovo sistema venga utilizzata quale pretesto per “stemperare” la coerenza del sistema CAM<sup>(38)</sup>.

## 2.1. L'affermarsi di un approccio *mandatory* anche a livello Ue.

Se a livello nazionale l'approccio obbligatorio ai contratti pubblici sostenibili può dirsi oramai consolidato, diversa è la situazione a livello europeo. Nel dibattito legislativo preliminare all'adozione delle direttive sui *public procurement* del 2014, è stato affrontato anche il tema relativo all'opportunità di continuare a disciplinare solamente le modalità cui le amministrazioni *possono* ricorrere per rendere sostenibili i loro acquisti («*how to buy*») oppure, in alternativa, di introdurre previsioni volte a imporre alle p.a. di acquistare beni, lavori o servizi sostenibili dal punto di vista ambientale e/o

35 “CAM per l'affidamento del servizio di progettazione ed esecuzione dei lavori di interventi edilizi” (c.d. “CAM edilizia”), approvati con DM 23 giugno 2022 n. 256, GURI n. 183 del 8 agosto 2022, pg. 36-37.

36 Ciò fermo restando che «le stazioni appaltanti hanno l'obiettivo di applicare sempre e nella misura maggiore possibile i CAM»; così “CAM edilizia”, loc. cit.

37 Per questa prospettiva sia consentito rinviare a E. Caruso, *La garanzia dell'equo trattamento nel nuovo Codice tra tutela dei lavoratori e risultato amministrativo*, in *Dir. amm.*, in corso di pubbl.

38 Ciò è ad esempio avvenuto con riguardo alle clausole di occupazione promozionale di cui all'art. 47 del d.l. n. 77/2021 che, a determinate condizioni, ammette la possibilità per la stazione appaltante di non inserire tali clausole negli atti di gar; come rilevato da ANAC (cfr., “Reazione annuale 2023”) il 70% degli appalti è stato avviato in deroga alla clausola sulle assunzioni di giovani e donne.

sociale («*what to buy*»)<sup>(39)</sup>. È stata seguita interamente la prima soluzione (le direttive, infatti, si limitano a disciplinare l'*how to buy* in termini quasi sempre meramente abilitanti) e tale scelta è stata giustificata sulla base delle «differenze tra i singoli settori e mercati» tali da far ritenere preferibile rimettere alla disciplina settoriale il compito di «fissare obiettivi e prospettive vincolanti in funzione delle particolari politiche e condizioni vigenti nel settore pertinente».

Nell'arco temporale immediatamente successivo, questo intento è stato perseguito solo in parte: la Commissione Ue ha profuso un intenso sforzo per sviluppare criteri soprattutto di natura ambientale cui le stazioni appaltanti nazionali possono far riferimento per i loro acquisti i quali, però, continuano ad avere carattere “volontario”<sup>(40)</sup>; peraltro, anche a livello di legislazione settoriale sono rimaste residuali le previsioni riconducibili all'approccio *mandatory*<sup>(41)</sup>.

Questa tendenza è stata invertita dal *Green Deal europeo*<sup>(42)</sup> nonché dal relativo Piano di investimenti<sup>(43)</sup> *ove si rimette alla Commissione il compito di prevedere, in successivi atti settoriali, «criteri o obiettivi verdi obbligatori minimi per gli appalti pubblici»*. In linea con tale indicazione, nei successi interventi attuativi delle *policy* individuate dal *Green Deal* (ad esempio in tema di transizione verso l'economia circolare<sup>(44)</sup>, neutralità climatica<sup>(45)</sup> ed efficienza energetica) sono presenti previsioni volte a imporre alle p.a. di prendere in considerazione profili di sostenibilità nei loro acquisti.

Possono richiamarsi in tal senso il Regolamento relativo alle batterie e ai rifiuti di batterie (art. 70)<sup>(46)</sup> e la direttiva sull'efficienza energetica, anch'essa di recente adozione (EED *recast*, art. 7)<sup>(47)</sup>. Con riguardo ai settori di maggior rilievo rispetto alla materia infrastrutture, va richiamata la proposta di direttiva sulla prestazione energetica nell'edilizia (EPBD, art. 7)<sup>(48)</sup> e, soprattutto, la proposta di regolamento che fissa condizioni armonizzate per la commercializzazione dei prodotti da costruzione<sup>(49)</sup>. In particolare, l'art. 84 di quest'ultima proposta conferisce alla Commissione di integrare il regolamento mediante atti delegati «stabilendo requisiti di sostenibilità applicabili agli appalti pubblici» che possono assumere «la forma di *specifiche tecniche obbligatorie*, criteri di selezione, criteri di aggiudicazione, clausole sull'esecuzione dell'appalto od

39 Questo dibattito è ricostruito da G. FIDONE, F. MATALUNI, *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti pubblici*, in *Riv.*

*quad. dir. amb.*, 2016, 3, p. 4 ss

40 Cfr. [https://green-business.ec.europa.eu/green-public-procurement/gpp-criteria-and-requirements\\_en](https://green-business.ec.europa.eu/green-public-procurement/gpp-criteria-and-requirements_en).

41 Cfr. Direttiva 2009/33/CE sulla promozione di veicoli puliti e a basso consumo energetico, modificata dalla direttiva 2019/1161/Ue.

42 Da ultimo sul tema, D. BEVILAQUA, E. CHITI, *Green Deal. Come costruire una nuova Europa*, Bologna, Il Mulino, in corso di pubbl.

43 Cfr. la Comunicazione della Commissione, *Piano di investimenti per un'Europa sostenibile. Piano di investimenti del Green Deal europeo*, del 14 gennaio 2020 COM(2020) 21, final.

44 Comunicazione della Commissione, *Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva dell'11 marzo 2020*, COM(2020) 98 final.

45 Comunicazione della Commissione “Pronti per il 55 %”: realizzare l'obiettivo climatico dell'UE per il 2030 lungo il cammino verso la neutralità climatica del 14 luglio 2021, COM(2021) 550 final.

46 Regolamento (UE) 2023/1542 del 12 luglio 2023.

47 Direttiva 2023/1791/Ue del 13 settembre 2023.

48 Proposta di direttiva sulla prestazione energetica nell'edilizia del 15 dicembre 2021, COM(2021) 802 final. Sul tema, in dottrina, E.N. FRAGALE, *Un nuovo corollario dello sviluppo sostenibile: il principio dell'efficienza energetica prima di tutto*, in *Riv. reg. merc.*, 2, 2023, 1 ss.

49 Proposta di regolamento che fissa condizioni armonizzate per la commercializzazione dei prodotti da costruzione, modifica il regolamento (UE) 2019/1020 e abroga il regolamento (UE) n. 305/2011, Bruxelles, 30.3.2022 COM(2022) 144.

obiettivi, a seconda dei casi»<sup>(50)</sup>.

Alla luce di questi e di altri interventi normativi, la dottrina più attenta ha ravvisato nella normativa europea un «paradigm shift» nel senso di un «development from *voluntary* legal requirements towards *mandatory* sustainability requirements», avviando un primo tentativo di sistematizzazione delle differenti modalità attuative<sup>(51)</sup>.

Per concludere va osservato come l'approccio *mandatory* in luogo di uno meramente abilitante, affermatosi in Italia già in vigore del Codice del 2016 e ora fatto proprio anche a livello europeo, non solo dovrebbe rafforzare del paradigma dello sviluppo sostenibile<sup>(52)</sup>, ma potrebbe anche incidere positivamente sul rapporto tra le stazioni appaltanti e gli operatori del mercato. È stato invero osservato come l'approccio vincolante «può produrre effetti positivi anche sul lato dell'offerta, dal momento che, determinando una maggior standardizzazione, nonché semplificazione delle procedure di aggiudicazione, evita la frammentazione del mercato interno, come pure riduce le asimmetrie informative tra stazioni appaltanti e operatori economici e, conseguentemente, rende maggiormente prevedibili le decisioni amministrative»<sup>(53)</sup>.

### 3. La rilevanza degli interessi c.d. orizzontali nella fase di selezione degli offerenti nel prisma della distinzione tra funzione strategica *positiva* e *negativa*.

L'inquadramento del possibile rilievo di interessi sociali e ambientali nella fase di definizione delle caratteristiche soggettive dell'aggiudicatario offre l'occasione per introdurre una distinzione di assoluto rilievo per comprendere come le amministrazioni possono utilizzare strategicamente il loro potere d'acquisto. Si fa riferimento alla differenza tra utilizzo strategico *positivo* e *negativo* dei contratti pubblici. Rileva la prima nozione allorquando tramite i contratti pubblici si «innalza» il livello di protezione sociale e/o ambientale, cioè si garantisce uno *standard* di tutela che non è altrimenti assicurato dall'ordinamento. Può invece configurarsi un utilizzo strategico *negativo* ove l'appalto pubblico è di norma considerato uno strumento per rafforzare il rispetto di obblighi sociali/ambientali e *standard* di tutela che, per legge o per altra fonte vincolante, gli operatori economici sono già tenuti a rispettare nell'esenzione delle commesse pubbliche.

Trattasi di una distinzione rilevante anche dal punto di vista operativo: solo le clausole orizzontali riconducibili alla funzione strategica positiva devono rispettare la condizione del loro *necessario collegamento con l'oggetto del contratto* che, come sopra ricordato, impedisce alle stazioni appaltanti di prevedere negli atti di gara «*criteri e condizioni riguardanti la politica aziendale generale*» (cons. 97 direttiva appalti); di contro, questa condizione non rileva rispetto alla funzione strategica negativa, potendo le amministrazioni, in sede di ammissione alla gara o di verifica dell'anomalia, prendere in considerazione l'attività «generale» dell'offerente in termini di conformità agli obblighi sociali e ambientali, senza che rilevi, in termini limitativi, la condizione del legame con l'oggetto del contratto.

50 Non mancano tuttavia profili perfezionabili: per alcune condivisibili riflessioni critiche su tale proposte, in particolare nella parte in cui l'art. 84 prevede che la Commissione, nello stabilire i requisiti indicati nel testo, tenga conto della «fattibilità economica per le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori di acquistare prodotti più sostenibili dal punto di vista ambientale, senza che ciò comporti costi sproporzionati», v. R. CARANTA, *Towards mandatory SPP for buildings/works*, in *European journal of public procurement markets*, 4, 2022 p. 9 ss., spec. 16 ss.

51 W. JANSSEN, R. CARANTA (a cura di), *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law. Reflections on a Paradigm Shift*, Oxford, Bloomsbury, 2023, *passim*. Il corsivo è ripreso da W. JANSSEN, *Shifting Towards Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law: Context, Relevance and a Typology*, *ivi*, 4.

52 M. COZZIO, *Public Procurement as a Tool to Promote Sustainable Business Strategies: The Way Forward for European Union*, in *International Community Law Rev.* 24, 2022, spec. 176

53 Così A. MALTONI, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale*, cit.

Come si evince da questo esempio, tale distinzione tra queste due differenti modalità di uso strategico dei contratti pubblici trova evidenti riflessi nella fase di selezione degli offerenti e, nello specifico, nella sua articolazione in requisiti di ordine generale (a) e requisiti speciali di partecipazione (b).

a. La disciplina sui requisiti di ordine generale, ricavabili a contrario dalle cause di esclusione di cui agli artt. 94 ss., definisce i soggetti da cui la p.a. “non può comprare”. Essa è certamente strumentale ad impedire che le risorse pubbliche siano messe a disposizione di un soggetto privo dei necessari requisiti di integrità e moralità, a consentire l'accesso al mercato delle commesse pubbliche ai soli operatori economici affidabili e capaci di fornire alla stazione appaltante, come pure ad assicurare condizioni di *level playing field* e di concorrenza leale (ciò vale soprattutto per quei motivi di esclusione da cui può derivare un ingiusto vantaggio economico per l'operatore economico che ha commesso la violazione).

A questa disciplina, tuttavia, può attribuirsi anche una funzione ulteriore, ovvero evitare che attraverso i *public procurement* si consolidino situazioni contrastanti con determinati obiettivi di *policy* cui l'ordinamento attribuisce carattere prioritario, innanzitutto quella c.d. orizzontali. In questo senso si è espressa anche la Corte di giustizia nella sentenza relativa alla causa *Tim* che l'ha portata a confrontarsi con le previsioni della direttiva appalti riconducibili alla suddetta *funzione strategica negativa*. Si tratta, nello specifico, di quelle previsioni che dispongono l'esclusione (in fase di selezione o di verifica di anomalia) o la mancata aggiudicazione nelle ipotesi di violazione e degli obblighi in materia sociale, ambientale e del lavoro previsti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi con efficacia *erga omnes* e da specifiche convenzioni internazionali<sup>(54)</sup>. Secondo i giudici europei, da questo quadro normativo si ricava come il rispetto di tali obblighi sociali e ambientali costituisca un «valore cardine» del nuovo sistema regolatorio<sup>(55)</sup>.

Sebbene la disciplina del nuovo Codice in tema di cause di esclusione sia stata oggetto di novità significative, a partire dal differente inquadramento dei gravi illeciti professionali e dall'ampliamento dell'ambito operativo del *self cleaning*, circoscrivendo l'attenzione alle sole previsioni rilevanti rispetto all'utilizzo strategico (negativo) dei contratti pubblici si ravvisa una sostanziale continuità con la disciplina del d.lgs. n. 50/2016. Invero, l'art. 95, co. 1, lett. a del Codice del 2023 ripropone la causa di esclusione per violazione degli obblighi in materia sociale, ambientale e del lavoro di cui all'art. 18, par. 2 della direttiva appalti. Come ben chiarito dalla Commissione incaricata della redazione del Codice nella *Relazione agli articoli e agli allegati* (di seguito, *Relazione*), la diversa formulazione della rubrica dell'articolo 95 (recante cause di esclusione “non automatiche” invece di “facoltative”) si limita a meglio chiarire il potere valutativo rimesso dalla norma all'amministrazione: esso concerne non l'*opportunità* dell'esclusione, bensì la sussistenza del presupposto enucleato dalla legge, ovvero l'incidenza della violazione dell'obbligo sull'integrità/affidabilità etica e/o sociale degli operatori economici<sup>(56)</sup>. D'altronde, in più occasioni la CGUE ha chiarito come i legislatori nazionali, pur potendo rendere obbligatorie le cause di esclusione previste dalle direttive Ue come “facoltative” (art. 57, par. 4 direttiva appalti), non possano equipararle in tutto e per tutto a quelle automatiche (art. 57, par. 1-3): nei casi di esclusioni facoltative, infatti, il rispetto del principio di proporzionalità richiede che l'amministrazione compia una valutazione sulla gravità della violazione e sulle

54 Cfr. cons. 37, 40 e 41 e artt. 18, par. 2, 56, par. 2; 69, par. 3 e art. 57, par. 4, lett. a) della direttiva appalti 24/2014/ Ue.

55 Corte giust. 30 gennaio 2020, C-395/18, *Tim SpA*.

56 Su tal profilo sia consentito rinviare a E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza*, Napoli, Jovene, 2021, 307 ss. e 313 ss.

peculiarità del caso concreto e che l'operatore economico possa dimostrare di essere comunque affidabile<sup>(57)</sup>.

Nell'estendere l'analisi, per le ragioni chiarite al § 1, agli affidamenti diversi dagli appalti nei settori ordinari, va osservato che l'art. 95, co. 1, lett. a (norma "base" della funzione strategica negativa insieme agli artt. 107, co. 2, sui principi in materia di selezione, e 110, co. 5 lett. a in tema di verifica di anomalia) contiene una disciplina di applicazione "generalizzata": esso è infatti oggetto di espresso richiamo da parte degli artt. 167-168 per i settori speciali e nell'art. 183 per le concessioni. D'altronde, l'ambiguo inciso, contenuto in entrambe le previsioni, secondo cui l'esclusione opera «con riferimento agli accordi internazionali elencati negli allegati delle direttive», non appare in alcun modo volto limitare l'operativa del motivo di esclusione per violazione di obblighi sociali e ambientali nei settori speciali e nelle concessioni (più semplicemente, sembra trattarsi di una formulazione volta a recepire, seppur in termini perfettibili, la disciplina UE)<sup>(58)</sup>.

b. La disciplina sui requisiti speciali di partecipazione di cui all'art. 100 è invece espressione della *funzione strategica positiva*, consentendo all'amministrazione di far partecipare alla gara solamente operatori economici in possesso di capacità tecniche e professionali rilevanti sotto il profilo sociale e ambientale.

Difficilmente il nuovo Codice avrebbe potuto affrontare i principali limiti all'ingresso di considerazioni sociali nella fase di ammissione alla gara. Tali limiti sono infatti riconducibili alle restrittive posizioni della CGUE (*Max Havelar*) e della Commissione<sup>(59)</sup>, implicitamente confermate dalle direttive del 2014, che finiscono per circoscrivere significativamente lo spazio per requisiti speciali di partecipazione di natura sociale, finendo così per "confinare" tali interessi ad altri "meccanismi", in particolare ai criteri di aggiudicazione e alle condizioni di esecuzione.

Stupisce invece l'assenza nella nuova disciplina di riferimenti ai "sistemi di gestione ambientale", ovvero a uno dei principali strumenti tramite cui "colorare di verde" la fase di ammissione. Tale assenza non dovrebbe mettere in discussione la possibilità delle stazioni appaltanti di richiedere il possesso di tali certificazioni soggettive; in tal senso rileva, infatti, sia la disciplina sui sistemi di gestione ambientali di livello UE (cfr. art. 62 della direttiva appalti) sia la disciplina, nazionale e sovranazionale, sui rapporti/mezzi di prova e sulle certificazioni delle qualità (cfr. art. 105 e all'Allegato II.8 del Codice). Non risulterebbe quindi possibile una (ipotetica) lettura che, anche alla luce degli artt. 3 e 10 del d.lgs. n. 36/2023, riconduca il mancato richiamo ai sistemi di gestione ambientale a un diverso bilanciamento rispetto alla disciplina previgente, più favorevole alle esigenze del *favor participationis* e di massima apertura alla concorrenza.

<sup>57</sup> Corte giust. 13 dicembre 2012, C- 465/11, *Forposta SA*

<sup>58</sup> Cfr. art. 30 direttiva 2024/23/UE secondo cui «Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di contratti di concessione, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X»; contenuto analogo presenta l'art. 36 della direttiva 2024/25/UE.

<sup>59</sup> Corte giust. 10 maggio 2012, C-368/10, *Commissione c. Paesi Bassi* ove la Corte ha ritenuto non riconducibile ai requisiti di capacità tecnica previsti dall'art. 48 della direttiva 2004/18/CE una clausola del bando che faceva riferimento al modo in cui l'offerente soddisfa i criteri di sostenibilità degli acquisti e di responsabilità sociale delle imprese, nonché contribuisce al miglioramento della sostenibilità del mercato del caffè e a una sua produzione responsabile sotto il profilo ambientale, sociale ed economico. Si ritiene che la CGUE abbia escluso la legittimità di tale requisito di partecipazione poiché lo ha ritenuto non riconducibile alla nozione di capacità tecnica, ricavata dall'elenco dei mezzi di prova elencati dalla direttiva. Ne consegue che la possibilità di dar rilievo, nella fase di selezione, ad aspetti sociali risulti circoscritta ai motivi generali di esclusione, cioè alle ipotesi violazione di obblighi formalizzati che già gravano in capo all'operatore economico. La preferenza del legislatore UE per acquisti della p.a. ove i profili di sostenibilità siano riconducibili al rispetto di «specific legal obligations and/or administrative provision» è stata sottolineata da B.L. BOSCHETTI, *Social goals via public contracts in the EU: a new deal?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 4, 1129 ss.

#### 4. Contratti pubblici sostenibili e requisiti particolari per l'esecuzione del contratto.

Il perseguimento di *horizontal policies* mediante l'attività negoziale dei soggetti pubblici può infine concretarsi nell'imposizione all'aggiudicatario di specifici oneri e/o modalità da rispettare nella fase di esecuzione del contratto che, ovviamente, devono essere già previste dagli atti di gara sotto forma di apposite clausole contrattuali o, più precisamente, di «requisiti particolari per l'esecuzione del contratto» (art. 113).

Rispetto agli altri meccanismi, in questo caso si pone in termini più problematici il tema di garantirne l'effettività dal momento che, trattandosi di obblighi relativi alla fase di esecuzione del contratto, non sempre è possibile verificarne il rispetto già in fase di gara senza che da ciò derivi una lesione della *par condicio* tra gli operatori economici.

Questa osservazione per un verso certamente giustifica un trattamento differenziato rispetto alle specifiche tecniche e ai requisiti speciali di partecipazione che vanno invece sempre soddisfatti sin dalla presentazione dell'offerta. Per altro verso, non dovrebbe giustificare la rigida posizione delle Istituzioni Ue, che ha trovato diversi riscontri anche a livello nazionale, secondo cui le condizioni di esecuzione non possono avere alcun ruolo nell'individuazione dell'aggiudicatario e, più in generale, nella fase di gara; la verifica sul loro rispetto costituirebbe, seguendo questa impostazione, una questione interamente circoscritta alla fase esecutiva<sup>(60)</sup>. In altri termini, anche allorché l'analisi dell'offerta potrebbe consentire alla stazione appaltante di verificare (mediante una valutazione prognostica e senza che ciò produca conseguenze contrarie alla *par condicio*) l'inadempimento degli obblighi posti quali condizioni di esecuzione, quest'ultima non potrebbe procedere all'escussione, dovendosi limitare a verificare la mera accettazione "formale" di tale obbligo da parte dell'offerente<sup>(61)</sup>.

Il nuovo Codice introduce importanti novità sul punto, ma solo in relazione agli aspetti sociali/lavoristici, comportando così una non giustificata distinzione con gli aspetti ambientali. Tali profili verranno trattati al § 4.2, dopo aver inquadrato quali interessi orizzontali sono tutelati, con approccio *mandatory*, mediante tale strumento. Pure su tale distinto profili, infatti, si registrano novità di rilievo, riguardanti (anche in questo caso) solamente la dimensione sociale; in relazione agli appalti verdi, invece, viene in rilievo quanto già osservato sul sistema CAM e, nello specifico, sull'art. 57, co. 2 che, in continuità con l'art. 34 del previgente Codice, impone alle p.a. di inserire negli atti di gara le *clausole contrattuali* (i.e. le condizioni particolari per l'esecuzione) previste dagli appositi decreti ministeriali.

##### 4.1. Le rilevanti novità del d.lgs. n. 36/2023 in tema di clausole sociali di prima, seconda e terza generazione.

Le principali innovazioni riguardano gli interessi di natura sociale e, in particolare, la tutela dell'equo trattamento dei lavoratori impiegati nell'esecuzione del contratto (a), la loro stabilità occupazionale, nonché il *favor* all'occupazione di determinate categorie di lavoratori (giovani, donne, persone con disabilità o svantaggiate) (b).

a. *Il rafforzamento dell'equo trattamento dei lavoratori impiegati nell'esecuzione del*

60 Cons. St., sez. III, 28 luglio 2020, n. 4795; sez. V, 25 marzo 2020, n. 2090; 23 agosto 2019, n. 5806; 29 luglio 2019, n. 5308; Tar Campania, sez. III, 13 febbraio 2017, n. 848; v. pure i pareri sulla normativa dell'ANAC, 30 aprile 2014, AG 19/14 e 8 febbraio 2012, AG 3/12.

61 *Amplius*, E. CARUSO, *La funzione sociale*, cit., 416. Secondo ANAC, Linee guida n. 13 recanti "La disciplina delle clausole sociali", approvate con delibera n. 114 del 13.2.2019, «La mancata accettazione della clausola sociale costituisce manifestazione della volontà di proporre un'offerta condizionata, come tale inammissibile nelle gare pubbliche, per la quale si impone l'esclusione dalla gara».

contratto. Cenni<sup>(62)</sup>.

Con riguardo alla tutela dell'equo trattamento, normativo e retributivo, dei lavoratori impiegati nelle commesse pubbliche viene in rilievo il quadro regolatorio composto dagli artt. 11, 41 commi 13 e 14, 57 comma 1, 102, 108 comma 9, 110 commi 4 e 5, 119 commi 2 e 6 ss. del nuovo Codice.

Un primo merito che può riconoscersi all'ultimo processo di codificazione è di aver espressamente attribuito, tramite un miglior coordinamento tra le previsioni richiamate, all'art. 11 il ruolo di architrave di un micro sistema normativo volto a chiudere il più possibile gli spazi alla concorrenza tra operatori economici basata sul ribasso dei costi della manodopera – riprendendo i contenuti del previgente art. 30, co. 4, queste disposizione contiene l'obbligo per l'aggiudicatario di applicare un contratto collettivo rispettoso dei tre criteri normativamente definiti<sup>(63)</sup>.

Inoltre, se nella definizione di tali criteri sono state confermate le importanti evoluzioni già raggiunte con l'art. 30 comma 4 del Codice del 2016, il nuovo art. 11 porta al culmine la risalita tra i principi generali della materia della garanzia dell'equo trattamento e, soprattutto, affronta (e tendenzialmente risolve) la principale questione rimasta ambigua in vigenza della precedente disciplina. Invero, la notevole frammentazione intersettoriale e intrasettoriale che caratterizza la contrattazione collettiva in Italia ha fino ad ora comportato che, soprattutto per gli affidamenti di prestazioni ibride e/o eterogenee, rimanesse in capo all'operatore economico un certo margine di scelta nell'individuazione del CCNL da applicare in fase esecutiva, nonostante la pregnanza e il rigore dei tre criteri previsti dall'art. 30, comma 4. Tale margine di scelta per gli operatori economici era preservato, anche a fronte dei tentativi di talune stazioni appaltanti di indicare il CCNL da applicare, da quell'indirizzo giurisprudenziale prevalente, che rifletteva il timore di una possibile violazione degli artt. 39 e 41 Cost., secondo cui la scelta del contratto collettivo non può che rientrare tra le prerogative dell'imprenditore<sup>(64)</sup>. In questo modo, seppur entro i confini del rispetto dell'art. 30 comma 4, si ammetteva un certo grado di *shopping* contrattuale e di *dumping* sociale, con possibile nocuo documento di tutte quelle esigenze cui l'equo trattamento dei lavoratori risulta funzionale.

L'art. 11, nel prevedere al comma 3 la possibilità per gli operatori economici di indicare nella propria offerta un contratto collettivo differente da quello indicato dagli atti di gara «*purché garantisca ai dipendenti le stesse tutele*»<sup>(65)</sup>, riconosce espressamente il potere della stazione appaltante di individuare il livello di tutela minimo che deve essere garantito ai lavoratori (inclusi quelli del subappaltatore, cfr. art. 119, co. 12), in tal modo andando oltre l'indirizzo giurisprudenziale in precedenza richiamato. Alla luce di tale novità, i costi del personale calcolati negli atti di gara dalla p.a. diventano un parametro più *rigido* e *uniforme*, risultando tutti gli offerenti vincolati al trattamento normativo e retributivo individuato dalla p.a.

A tal riguardo vale precisare, da un lato, che tale maggiore omogeneità nello standard normativo ed economico da garantire ai lavoratori rafforza non solo la loro tutela, ma anche la garanzia di una *fair competition* tra gli operatori economici e presumi-

62 Per una più ampia trattazione di tali profili v. A. DE SIANO, *Tutela del lavoratore e buon andamento della P.A. secondo il nuovo codice dei contratti pubblici, Federalismi*, n. 14/2023, 98 ss.; sia inoltre consentito rinviare a E. CARUSO, *La garanzia dell'equo trattamento nel nuovo Codice*, cit.

63 Criterio settoriale/territoriale, criterio soggettivo/rappresentativo e criterio della stretta connessione con l'oggetto del contratto da affidare.

64 Tra le tante, da ultimo, Cons. St., sez. V, 9 agosto 2021, n. 5795.

65 L'ANAC, nella Nota Illustrativa al Bando tipo n. 1/2023, par. 7, approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 309 del 27 giugno 2023, ha fornito alle stazioni appaltanti utili indicazioni operative con riguardo sia all'individuazione del CCNL da applicare sia alla valutazione di equivalenza tra il contratto indicato e quello differente utilizzato dall'impresa.

bilmente anche il buon andamento dell'attività contrattuale dell'amministrazione e, quindi, del risultato amministrativo. Dall'altro, che l'effettività dell'obbligo previsto, in capo all'aggiudicatario, dall'art. 11 di applicare un CCNL *leader* non può ritenersi in alcun modo "annacquato" dal contenuto dell'art. 57, co. 1 che richiede alla stazione appaltante di inserire nei bandi e negli avvisi apposite clausole sociali aventi a oggetto un siffatto obbligo. Ne consegue che, nell'attuale quadro regolatorio, quelle di equo trattamento sono condizioni di esecuzione *sui generis* in quanto la fonte dell'obbligo non è la *lex specialis* (nonostante la «ritrovata centralità» che sembra attribuirgli l'art. 57, co. 1), bensì direttamente la legge ordinaria<sup>(66)</sup>.

*b. Le clausole sociali di seconda generazione (riassorbimento) e di terza generazione (occupazione promozionale)*

In aggiunta, il medesimo art. 57 comma 1 richiede alla stazione appaltante, per tutti gli appalti «di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione», di inserire «specifiche clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate tra l'altro a garantire» le «*pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate*» e la «*stabilità occupazionale del personale impiegato*».

Rispetto alla corrispondente previsione del previgente Codice (art. 50), la nuova disciplina amplia, per un verso, l'ambito applicativo dell'obbligo per le stazioni appaltanti di prevedere clausole sociali di seconda generazione (cioè quelle volte ad assicurare, compatibilmente con le scelte organizzative dell'impresa, la stabilità occupazionale dei lavoratori nei casi di cambio appalto)<sup>(67)</sup>; alla luce di questa novità, si rafforza la coerenza degli obblighi previsti dall'art. 57, co. 2 per gli affidamenti aventi a oggetto la costruzione o l'ammodernamento delle infrastrutture. Per altro verso, la medesima disposizione amplia lo spettro di interessi sociali cui le stazioni appaltanti sono tenute a dar rilievo negli atti di gara, includendovi la promozione dell'occupazione di giovani, donne, persone con disabilità o svantaggiate.

La scelta di "sovraccaricare" i profili funzionali della disposizione, includendovi le clausole sociali di terza generazione, non appare frutto di una particolare meditazione, come attestano il relativo iter legislativo<sup>(68)</sup> e, soprattutto, le difficoltà che si stanno registrando nelle prime esperienze applicative. Invero, non sempre tutte le finalità sociali indicate da tale disposizione possono essere agevolmente perseguite contemporaneamente, nell'ambito della stessa procedura di affidamento. Anzi, in diverse ipotesi di cambio appalto, la tutela la stabilità occupazionale del precedente aggiudicatario può rivelarsi ostativa alla promozione dell'occupazione di giovani, donne, disabili e lavoratori svantaggiati, quantomeno se entrambe le finalità vanno perseguite, come richieste dall'art. 57, mediante *requisiti necessari dell'offerta* (senza cioè la possibilità di ricorrere a soluzioni graduali quali i criteri di aggiudicazione).

Allo stato attuale, questo possibile cortocircuito va stemperato in via interpretati-

<sup>66</sup> Come condivisibilmente osservato da ANAC nella Relazione illustrativa delle Linee guida ANAC n. 13, cit., pg. 3, si è in presenza di una clausola sociale in senso tecnico quando la stazione appaltante inserisce tali obblighi nella *lex specialis* e nel contratto.

<sup>67</sup> In precedenza, infatti, il carattere *mandatory* della clausola sociale di riassorbimento si riteneva circoscritto ai soli affidamenti ad alta intensità di manodopera; quantomeno, questa è stata l'interpretazione fatta propria da ANAC (Linee guida n. 13) e, in modo unanime, dalla giurisprudenza amministrativa.

<sup>68</sup> Clausole sociali di terza generazione (o di occupazione promozionale) che sono state valorizzate dal d.l. n. 77/2021 per i contratti del PNRR nonché dalla l. 21 giugno 2022, n. 78 ("Delega al Governo in materia di contratti pubblici"; cfr. art. 1, co. 2 lett. h), mentre sono state "marginalizzate" nel nuovo Codice soli contratti riservati di cui all'art. 61 e all'Allegato II.3. Per un inquadramento delle misure relative ai contratti PNRR v. D. CAPOTORTO, *Giustizia sociale e pari opportunità nei contratti pubblici per la ripresa post-pandemica*, in *Nuove aut.*, 3, 2021, 799 ss. e F. PANTANO, *Clausole sociali, concorrenza, investimento pubblico e tutela del lavoro: dal Codice dei contratti pubblici al PNRR*, in *Federalismi.it*, 25/2022, 169 ss. In generale, sull'impatto del PNRR sul settore dei contratti pubblici, E. D'ALTERIO, *Riforme e nodi della contrattualistica pubblica*, in *Dir. amm.*, 2022, 667 ss.

va, ravvisandosi al riguardo due possibili direttrici esegetiche.

In primo luogo, indicazioni su come “bilanciare” gli interessi in potenziale antagonismo potrebbero ricavarsi dalla legge delega che riconosce maggior peso alla stabilità occupazionale (che va «garantita») rispetto all’occupazione promozionale (da “promuovere”)<sup>(69)</sup>; in altre parole, la legge delega legittimerebbe non certo la totale pretermissione della seconda finalità, bensì operazioni di bilanciamento più favorevoli alla prima. In secondo luogo, dal binomio fiducia-risultato e dalla valorizzazione dello “spazio” dell’amministrazione<sup>(70)</sup>, entrambi elementi “portanti” del nuovo Codice, si dovrebbe ricavare la centralità del ruolo della stazione appaltante nel porre in essere le suddette operazioni di bilanciamento, tenendo ovviamente conto delle caratteristiche del singolo affidamento e del suo oggetto; ciò senza che si intenda disconoscere l’importanza e l’utilità di un eventuale intervento dell’Autorità di regolazione del settore, che dovrebbe però avere una funzione di supporto (non di sostituzione) dell’amministrazione, ad esempio attraverso l’enucleazione di “good practice”.

#### 4.2. La definitiva consacrazione della verifica sul rispetto delle clausole sociali come questione riguardante (anche) la “fase di gara”.

Con riguardo agli strumenti per assicurare l’effettività delle clausole sociali, va richiamato l’art. 102 che impone alle stazioni appaltanti di richiedere agli operatori economici – negli atti di gara e tenuto conto delle prestazioni oggetto del contratto – di assumere l’impegno a rispettare l’obbligo di applicazione del CCNL di cui all’art. 11 nonché gli obblighi di riassorbimento e di occupazione promozionale di cui all’art. 57, co. 1 del Codice. Ai sensi del co. 2 dello stesso art. 102, l’operatore economico deve illustrare nell’offerta «le modalità con le quali intende adempiere quegli impegni», mentre la stazione appaltante deve verificare «l’attendibilità degli impegni assunti con qualsiasi adeguato mezzo, anche con le modalità di cui all’articolo 110, solo nei confronti dell’offerta dell’aggiudicatario».

Concentrando l’attenzione sull’impatto dell’art. 102 sulle le clausole sociali in senso stretto (*i.e.* quelle di seconda e di terza generazione), esso introduce un meccanismo nella sostanza corrispondente al c.d. «progetto o piano di riassorbimento» il cui utilizzo era stato suggerito dal Consiglio di Stato in sede consultiva in relazione agli obblighi posti dall’art. 50 del Codice del 2016.

Si tratta di soluzione da giudicare senz’altro con favore che, innanzitutto, dovrebbe consentire di superare i profili problematici riscontrati in vigenza del precedente Codice, ove che la “flessibilità” delle clausole sociali, in combinato con la garanzia della libertà di impresa cui la suddetta flessibilità è funzionale, potevano costituire “pretesti” tali da consentire agli operatori economici di “aggirare” l’obbligo di riassorbimento se non addirittura di adottare comportamenti opportunistici<sup>(71)</sup>.

Inoltre, dagli obblighi posti dall’art. 102 in capo a stazioni appaltanti e operatori economici sembra potersi ricavare, come già anticipato, il definitivo superamento della portata generale della (discussa)<sup>(72)</sup> regola di origine pretoria circa la tendenziale irrilevanza in fase di gara degli obblighi posti quali condizioni di esecuzione: la finalità della disposizione è proprio quella di anticipare, rispetto al momento strettamente esecutivo, la verifica sull’effettiva intenzione dell’impresa di rispettare gli obblighi di

69 L. delega n. 78/2022, cit., art. 1, co. 2 lett. h.

70 Cfr. M.R. SPASIANO, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 24/2023, 222 ss.

71 Cfr. D. CAPOTORTO, *Clausole sociali e moral hazard: la regolazione che punisce il virtuoso e premia l’opportunist*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 1, 47 ss.;

72 L. ANKERSMIT, *The contribution of EU public procurement law to corporate social responsibility*, in *Eur. Law J.*, 2020, 1-2, 16; S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and UK*, vol. II, 3<sup>a</sup> ed., Londra, Sweet & Maxwell, 2018, 756.

riassorbimento e di occupazione promozionale che, è bene precisare, altro non sono che specifiche ipotesi di “requisiti per l’esecuzione dell’appalto” di cui all’art. 113.

#### 4.2.1. L’effettività degli obblighi sociali e ambientali nel nuovo Codice: profili di criticità.

Nonostante risulti evidente come l’art. 102 rafforzi, in modo peraltro significativo, l’effettività delle clausole sociali, si ritiene che il Codice del 2023 abbia perso l’occasione per affrontare in modo compiuto e sistematico il delicato tema dell’effettività degli obblighi contrattuali volti a imporre peculiari modalità di esecuzione all’aggiudicatario per esigenze di sostenibilità.

Non convince la mancata estensione dell’art. 102 (o di un meccanismo simile) alle condizioni di esecuzione di natura ambientale e, nello specifico, ai criteri ambientali minimi previsti sotto forma di *clausole contrattuali*<sup>(73)</sup>, obbligatori ex art. 57, co. 2; a questi, infatti, trova applicazione solamente l’art. 113, co. 2 che si limita a sancire l’obbligo degli operatori economici di dichiarare, in sede di offerta, «di accettare i requisiti particolari nell’ipotesi in cui risulteranno aggiudicatari». In tal modo, il nuovo Codice opera una distinzione tra profili ambientali e profili sociali che non sembra trovare alcuna plausibile giustificazione. Peraltro, un intervento del legislatore sul punto sarebbe risultato opportuno alla luce di alcuni indirizzi giurisprudenziali che tendono a confinare la verifica sul rispetto dei criteri ambientali minimi alla fase esecutiva, anche quando ciò non è in alcun modo richiesto dal rispetto dei principi di ragionevolezza, parità di trattamento e proporzionalità<sup>(74)</sup>.

Non convince nemmeno la scelta di non riproporre l’interessante soluzione prevista dall’art. 47 del d.l. n. 77/2021 (recentemente seguita anche dal legislatore europeo<sup>(75)</sup>), di rendere *ex lege* obbligatorio l’inserimento negli atti di gara di clausole penali e altri strumenti volti a sanzionare l’inadempimento del contraente degli obblighi di natura sociale: se è vero che la fase dell’esecuzione rappresenta il “tallone d’Achille” della sostenibilità della contrattualistica pubblica, questa soluzione avrebbe rappresentato un importante correttivo.

Più in generale, abbandonando la distinzione fin qui seguita tra le varie fasi dell’operazione contrattuale, si può sostenere che il nuovo Codice ha perso l’occasione di individuare, come suggerito da attenta dottrina, un «custode della sostenibilità dei contratti», non ravvisandosi alcun ampliamento delle ipotesi di impugnabilità dei bandi non conformi requisiti di sostenibilità *mandatory* e dei soggetti titolari del relativo potere<sup>(76)</sup>. Anzi, con riguardo al sistema CAM non è stata riprodotta la previsione secondo cui ANAC, attraverso la sezione centrale dell’Osservatorio, avrebbe dovuto provvedere a monitorare l’applicazione dei criteri ambientali minimi e il raggiungimento degli obiettivi prefissati dal PAN GPP; sul punto, tuttavia, si condivide la tesi secondo cui la verifica della corretta attuazione dell’art. 57, co. 2, rientri in ogni caso tra i compiti generalmente attribuiti ad ANAC, cui spetta il controllo rispetto della

73 Diversamente, i CAM previsti dai decreti ministeriali sotto forma di specifiche tecniche – anch’esse da inserire obbligatoriamente negli atti di gara ex art. 57, co. 2 del Codice – vanno “rispettate” dagli operatori economici sin dal momento della presentazione dell’offerta.

74 Tar Lazio, sez. IV, 16 gennaio 2023, n. 727; Tar Bologna, sez. I, 25 marzo 2021, n. 305.

75 Cfr. considerando 57 e art. 24 della direttiva 2023/970/UE sulla parità di retribuzione tra uomini e donne.

76 Così Cfr. F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile*, cit., 260. Non privi di profili problematici appare la soluzione della etero-integrazione della disciplina di gara che non prevede i CAM obbligatori: se è vero che offrirebbe il vantaggio di «consentire agli operatori (...) di far valere l’illegittimità dell’aggiudicazione

(...) in caso di offerta difforme dai CAM vigenti» (così S. VERNILE, “Nuovo” *Codice dei contratti pubblici*, cit., 992), non va però trascurato come questa soluzione impedisca la contestualizzazione dei CAM alle caratteristiche del singolo affidamento (cfr. *supra* § 2) oggi più che mai opportuna (se non propria necessità) alla luce del principio del risultato.

disciplina dei contratti pubblici<sup>(77)</sup>.

## 5. Notazioni conclusive e di sintesi su contratti pubblici e infrastrutture sostenibili nel nuovo Codice.

Un'analisi ad ampio spettro del nuovo Codice nella prospettiva dei contratti pubblici per le infrastrutture sostenibili fa emergere profili di criticità ulteriori a quelli sopra richiamati.

Non va certo nella direzione di stimolare le amministrazioni a utilizzare strategicamente il loro potere di acquisto, né di orientare la più ampia discrezionalità oggi riconosciuta a funzionari e dirigenti pubblici al principio dello sviluppo sostenibile, l'assenza di una previsione corrispondente al previgente art. 38, co. 4 che dava rilievo all'applicazione dei requisiti di sostenibilità tra i criteri preminenti da considerare ai fini della qualificazione delle stazioni appaltanti. Ancor più significativa in tal senso è la mancata riproposizione dell'art. 30, co. 1 del d.lgs. 50/2016 che espressamente legittimava le stazioni appaltanti a subordinare il principio di economicità a criteri ispirati a esigenze di sostenibilità.

Questi profili regolativi, già oggetto di notazioni critiche in letteratura<sup>(78)</sup>, sembrerebbero *prima facie* confermare la lettura di autorevole dottrina che, sottolineando l'assenza di riferimenti allo *sviluppo sostenibile* tra i principi del nuovo Codice, ha osservato che l'ultima riforma ci ricorderebbe di guardare ai contratti pubblici “senza romanticismo e idealismo”, prestando preminente attenzione alle esigenze di approvigionamento<sup>(79)</sup>. In effetti, la tesi secondo cui i redattori del nuovo Codice avrebbero voluto dar seguito alle posizioni critiche rispetto all'utilizzo strategico dei contratti pubblici potrebbe trovare ulteriore supporto e fondamento in una possibile lettura del principio del risultato (art. 1), volta a ritenerlo mera espressione del primato logico della realizzazione dell'opera, dell'espletamento del servizio e del conseguimento della fornitura<sup>(80)</sup>.

Si ritiene, tuttavia, di non aderire a queste letture, né a quelle che sembrano circoscrivere la valenza teleologica dell'art. 1 alla c.d. funzione di committenza e/o al c.d. interesse realizzativo<sup>(81)</sup>.

Ad avviso di chi scrive, infatti, la precisazione di cui all'art. 1 – secondo cui il principio del risultato «è perseguito nell'*interesse della comunità* e per il *raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea*» – consente di ricomprendervi il principio dello sviluppo sostenibile; in altri termini, il richiamo all'*interesse della comunità* e agli *obiettivi* *Ue* andrebbe riferito proprio agli “obiettivi sociali comuni”, tra cui quelli sociali e ambientali, che l'ordinamento sovranazionale sempre più mostra di volere perseguire tramite i contratti pubblici<sup>(82)</sup>. A ben vedere, questa interpretazione del principio del risultato risulta coerente con il quadro normativo fin qui analizzato: con le previsioni

77 S. VERNILE, *op.cit.*, 991 che inoltre osserva come «ciò parrebbe consentire ad ANAC di intervenire solamente in caso di violazione dell'obbligo di introdurre i CAM, mentre una più generale attività di monitoraggio del raggiungimento degli obiettivi fissati dal PAN GPP parrebbe riguardare altresì le clausole facoltative e, dunque, potenzialmente più idonee a favorire un innalzamento del livello di tutela ambientale».

78 Cfr. R. CARANTA, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici, artt. 1-12, in Urb. app.*, 1950 ss.; M. RENNA, *I principi*, in S. FANTINI, H. SIMONETTI (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, Piacenza, La Tribuna, 2 ss.; A. MALTONI, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale*, cit.; A. LUPO, *La disciplina sulle clausole ambientali, in La riforma dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023), Documento del Gruppo di lavoro AIPDA*, in corso di pubbl.

79 Così G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 288.

80 Si tratterebbe, a dire il vero, di una lettura tutt'altro che peregrina, che anzi trova diversi riscontri, a partire da alcuni passaggi della *Relazione* allo schema di Codice.

81 Le espressioni sono riprese, rispettivamente, da G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit. 287 ss., e da L.R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. app.*, 2023, 5 ss.

82 *Amplius*, E. CARUSO, *La garanzia dell'equo trattamento nel nuovo Codice*, cit. Nello stesso senso v. pure E. GUARNIERI, *Contratti pubblici e risultato, tra continuità e innovazione*, in *Dir. amm.*, in corso di pubbl.

che riporgono la disciplina del d.lgs. n. 50/2016 ss.mm.ii. in tema di contratti pubblici sostenibili e soprattutto con quelle, concernenti principalmente la dimensione sociale dei *procurement*, che rafforzano il carattere *mandatory* e l'effettività delle clausole sociali.

Difficilmente, quindi, può attribuirsi al nuovo Codice una vera e propria inversione di rotta rispetto al *favor* per i contratti pubblici sostenibili che ha caratterizzato gli interventi normativi, nazionali ed europei, dal 2014 in avanti. Una delle strade da percorrere per inverare il concetto di “infrastruttura sostenibile” introdotto all'inizio di questo lavoro trova, tuttora, piena garanzia a livello normativo.

Con tale conclusione non si intende negare un atteggiamento di particolare prudenza da parte dei redattori del Codice del 2023, rintracciabile soprattutto nei confronti della dimensione ambientale della sostenibilità, nonostante la centralità oggi riconosciuta alla questione verde e al tema della transizione ecologica. Tale atteggiamento, più che dalla volontà di rinnegare la funzione sociale o strategica dei contratti, appare tuttavia dettato dal timore che l'elevato livello di implementazione degli appalti verdi raggiunto dal nostro ordinamento in vigenza del Codice del 2016 difficilmente possa essere ulteriormente implementato senza pregiudicare la capacità del mercato di metabolizzarlo e quindi, in ultima istanza, l'interesse realizzativo. Trattasi di timori legittimi che avrebbero però meritato, si ritiene, risposte differenti volte a “consolidare” i risultati raggiunti in tema di appalti verdi; in altri termini, sarebbero risultati opportuni interventi specifici e aggiustamenti per correggere i profili perfettibili del Codice del 2016 come pure per addivenire a una migliore compatibilizzazione tra la pluralità di interessi pubblici oggi sottesi all'attività contrattuale dell'amministrazione.