Al di là della dicotomia command and control – market based instruments: l'evoluzione della mano pubblica nella funzionalizzazione del contratto

Marco Gugliandolo
Ott 27, 2025

DOI: 10.13130/2723-9195/2025-4-35

Tags: Appalti pubblici, Codice dei contratti pubblici, Contratti pubblici, Criteri ambientali minimi (CAM), Pubblica amministrazione

Premessi cenni sui mutamenti della costituzione economica europea ed interna, l'articolo intende affrontare l'evoluzione della funzionalizzazione del contratto per finalità ambientali, con particolare riferimento ai contratti pubblici e ai criteri ambientali minimi, aggiungendo altresì alcune riflessioni relative alla sua capacità di porsi come strumento di amministrazione condivisa, sebbene con alcune criticità, per effetto del principio di sussidiarietà orizzontale. Più nel dettaglio, si riscontra un intervento dei pubblici poteri sempre più pervasivo, in grado di superare l'odierna differenziazione tra strumenti command and control e strumenti di mercato, ma che richiede un delicato bilanciamento tra libertà d'iniziativa economica e interessi ambientali, oltre che adeguata consapevolezza e proporzionalità dell'azione amministrativa.

Exploring the dichotomy between command and control versus market-based instruments: the evolution of the public sector in functionalising contracts
After providing an overview of the changes in the European and domestic economic constitution, the article discusses how contracts are being functionally adapted for environmental purposes, particularly focusing on public contracts and minimum environmental criteria. It also reflects on their potential to act as a tool for shared administration, despite facing some critical issues related to the principle of horizontal subsidiarity. More specifically, there is increasingly pervasive intervention by public authorities, capable of overcoming the current differentiation between command and control instruments and market instruments, but requiring a delicate balance between freedom of economic initiative and environmental interests, as well as adequate awareness and proportionality of administrative action.

Sommario: 1. La riespansione della mano pubblica nella tutela dell'ambiente. Dal Green New Deal ai Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza e al Regolamento Tassonomia. Al di là della distinzione command and control – market based instruments.- 2. Il consumo come leva per lo sviluppo sostenibile: cenni sulla funzionalizzazione del contratto.- 3. Sussidiarietà e contratto anche in dinamiche non mercantili: il caso dell'amministrazione condivisa dei beni comuni attraverso strumenti consensuali..- 4. La funzionalizzazione dell'attività amministrativa tra capacità di diritto pubblico e diritto privato: i contratti pubblici come strumento di politica economica.- 5. Natura, funzione e collocazione dei criteri ambientali minimi nelle procedure di gara. Alcune considerazioni sulla loro cogenza attraverso la lente del regime di impugnabilità della legge speciale.- 5.1 Completezza e regime di impugnazione del bando.- 6. La funzione avvolgente dei principi in un codice che aspira all'autosufficienza. Il bilanciamento in concreto alla luce del principio della fiducia e del principio del risultato in materia ambientale.- 7. Il principio di equivalenza delle offerte.- 8. Riflessioni finali sugli elementi di comando e controllo negli acquisti verdi e nei moduli consensuali: tanto rumore per nulla?

1. La riespansione della mano pubblica nella tutela dell'ambiente. Dal *Green New Deal* ai Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza e al Regolamento Tassonomia. Al di là della distinzione *command and control – market based instruments*

Nell'ambito delle politiche ambientali, è ben nota la distinzione tra modelli di tutela *command and control* e *market based*, nonché il presupposto sottostante e fondativo. I primi, in linea teorica, sarebbero caratterizzati da un intervento pubblico di natura autoritativa sviluppabile nei due momenti del *command*, ove è stabilito un determinato comportamento da osservare, e il momento del *control*, cioè di verifica *ex ante* o *ex post* dei requisiti richiesti dalle regole tecniche a cui può seguire il rilascio di un'autorizzazione (come nel caso dei procedimenti amministrativi ambientali) o una sanzione. Nel complesso, si sostanzierebbero in un dominio dei pubblici poteri e delle relative articolazioni, operanti in uno schema, potremmo dire, antagonista rispetto all'iniziativa economica privata. I secondi, invece, lascerebbero spazio, più o meno ampio, all'autonomia dei *cives*. Almeno in apparenza, il principale discrimine consisterebbe nell'asserita presenza o assenza dell'intervento pubblico. Ciò è vero solo in parte: come notato da autorevole dottrina, la distinzione ha una valenza meramente scolastica[1], sebbene ancora dotata di una certa portata descrittiva. La collocazione teorica degli stili di politiche ambientali, ormai, è sempre più rimessa a una valutazione casistica e sembrerebbe svincolarsi, almeno nel loro progredire, da logiche tassonomiche. Ad ogni modo, addentrandoci ulteriormente nella tesi sopraesposta, non può essere ignorato, in primo luogo, che l'intervento pubblico si trasfonde anche sul piano degli strumenti di mercato, poiché si pone come momento, perlomeno, presupposto all'intervento privato[2], ma altresì nuovamente conformativo dello stesso. A ciò non può considerarsi che la rilettura di tale distinzione teorica andrebbe, infatti, riletta alla luce di una costante integrazione delle istanze ambientali nei più svariati settori della vita umana. Tale constatazione è supportata da un costante lavoro di interpretazione evolutiva degli istituti esistenti, come ad esempio il contratto, di cui si discuterà più lungamente nel proseguo della trattazione, unitamente ad interventi politici e normativi che suggeriscono un rinnovato protagonismo dei poteri pubblici[3]. Soffermandoci su questo unico punto, il periodo segnato dall'emergenza pandemica ha condotto i legislatori, sovranazionale e dei singoli Stati membri, a intervenire specificamente e tempestivamente sulla tutela dell'ambiente, individuando e facilitando obiettivi di conversione dell'economia in ottica di transizione ecologica ed energetica, risvegliando, segnatamente, un certo interesse nei confronti della pianificazione e della programmazione dell'economia, oltre che una forte rilettura del diritto antitrust[4]. Sul punto, fulgido esempio è rappresentato dalla maggiore propensione del legislatore europeo a ridurre a sistema iniziative sparse, avvenute sia sul piano delle *hard laws*, sia sul piano delle *soft laws*, attraverso, da un lato, Direttive e Regolamenti cumulativi (c.d. "Pacchetti") o di sistema pervasivi e, dall'altro, documenti che possono essere definiti come le pietre angolari del nuovo sistema delle politiche ambientali dell'Unione Europea. Si parla, infatti, dell'*European Green Deal*, del Regolamento Tassonomia e del *Next Generation UE*, il cui apporto avvolgente è tratto distintivo di un mutamento della costituzione materiale economica dell'Unione Europea identificabile nel rinnovamento dei tratti dell'economia sociale di mercato[5].

Approcciando con l'ordine proposto, può dirsi che l'*European Green Deal* si pone come documento politico non vincolante, ma non per questo, meno rilevante. Rispetto alla sua natura del documento, altro non è che una delle tante comunicazioni che la Commissione europea, nel corso degli anni, ha reso. Rientra, infatti, nell'ambito delle numerosissime *soft laws* prodotte nell'ordinamento europeo[6] classificabile a cavallo tra le *pre-laws* e le *post-laws*[7]: da una parte, la natura di *pre-law* emerge nella misura in cui ha condotto, tramite l'insistenza sul clima e sull'economia circolare, ad esempio, alla "Legge europea sul clima" e ad ampliare il Pacchetto "Economia circolare"; dall'altra, invece, la natura di *post-law* ha sensibilmente modificato e riorientato i numerosi documenti strategici e atti di indirizzo pubblicati negli anni precedenti. Si vede, la necessità di «*modificare l'industria*

e la catena di valore»[8] è non solo incidentale al mercato, pertanto, ma fondante il nuovo mercato, bisognoso di una conformazione dall'interno e, non più, di soli limiti esterni ad un'iniziativa economica che permane libera ma che può, in presenza di valori primari, come quelli ambientali, essere soggetta a opportuna funzionalizzazione. Quest'ultima propensione è un difetto connaturato della tradizionale impostazione dei *modelli command and control*: in passato molto utili sul piano del *come non produrre*, ma poco efficaci nel suggerire come farlo, in quali settori, con quali prospettive[9]. Tale considerazione, tuttavia, muta di significato se si pensa che l'intervento pubblico si sposta così di asse, rendendo progressivamente obbligatoria la produzione *green,* non negando tuttavia l'intervento di "pungoli". Si ravvisa, in questo tentativo, il ricorso a una nuova sistematizzazione dei riferimenti politici e normativi: sul piano degli atti d'indirizzo, come nel caso del *Green Deal*; sul piano degli investimenti, come previsto dal Regolamento Tassonomia; di produzione in sé e per sé considerata, aggiornando il Pacchetto "Economia Circolare". A Trattati invariati[10], nei fatti, cambiano le premesse e le basi giuridiche del mercato europeo e di ogni suo singolo elemento costitutivo. Ciò è altresì incoraggiato dalla necessità di rivedere la cornice di funzionamento delle norme tecniche prodotte dagli organismi di normalizzazione, per consentirne la penetrazione fin dentro gli aspetti progettuali e di gestione dei processi produttivi e una maggiore aderenza allo spirito delle direttive europee in termini di pubblicità e trasparenza sul mercato. Si pensi, sul punto, alla recente Direttiva (UE) 2024/825, c.d. "Green Claims", che nei propri "Considerando", condanna apertamente pratiche come l'obsolescenza precoce dei prodotti elettronici attraverso una progettazione o lavorazione non opportuna, e che negli articoli successivamente introduce anche con riferimenti particolarmente precisi[11]. Ancora, tale ricostruzione applicativa non può però omettere anche la razionalizzazione teorica compiuta dal legislatore europeo nel definire i beni, materiali e immateriali, che emergono nella ricostruzione del bene ambiente, nonché nelle ulteriori possibilità che la mano pubblica può sfruttare per una loro valorizzazione e, altresì, il loro progressivo ripristino, e che l'elaborazione dello stesso *European Green Deal* ha reso inevitabile. Meritevole di menzione è, in questo senso, il Regolamento (UE) 2024/1991, noto anche come "*Nature Restoration Law*", che dota il diritto dell'Unione Europea di un compendio teorico vasto e duttile, poiché amplia lo spettro di significati che le componenti ambientali, intesi come complessi dinamici, possono assumere nel loro divenire e nel loro reciproco integrarsi in "ecosistemi" e in "biodiversità", nonché le loro interdipendenze vitali. Si supera, in questo senso, l'approccio per singole matrici ambientali, particolarmente fortunato nelle precedenti stagioni del diritto dell'ambiente, preferendone invece uno "per interazioni", dove l'essere umano è uno degli attori che armonicamente deve inserirsi in questo disegno da cui trae utilità economiche e dei cui equilibri deve farsi carico[12]. Anche qui, si nota, le disposizioni che rimandano all'obbligatorietà sono diversi, concretizzandosi in forme di intervento pubblico pianificate per obiettivi da parte degli Stati membri secondo una logica multilivello[13].

Tale corredo di iniziative politiche e normative ha realizzato una spinta sistemica che è stata anche ispiratrice di un meccanismo inverso di sintesi costituzionale, come nel caso della Costituzione italiana[14]. In un siffatto quadro, se non era del tutto scontato aspettarsi una modifica della Costituzione, per giunta nel suo *cuore pulsante*, ossia il suo assetto valoriale, collocata in una visuale logico-giuridica consequenziale appare invece la modifica dell'art. 41, co. 2-3, Cost. Per quanto concerne il secondo comma, si è aggiunto che l'iniziativa economica non può porsi in contrasto con l'ambiente e la salute. Ancora, soffermandoci sull'ultimo comma, adesso prevede che con legge possano essere determinati i programmi e i controlli opportuni finché l'economia sia orientata, oltre che a fini sociali, anche ambientali. Si ha, così, un *rispolvero* di una disposizione che sembrava ormai aver perso attualità. Rileggendo complessivamente l'art. 41 Cost., si può notare, l'iniziativa pubblica non ha una vera e propria copertura costituzionale[15], ma ai poteri pubblici è attribuita la facoltà di influenzare l'attività economica attraverso l'internalizzazione di modalità di bilanciamento sempre più sofisticate. Se l'art. 9 Cost. formalizza il valore a cui aspirare, cioè la tutela dell'ambiente in tutte le sue componenti e interazioni, è invece all'art. 41 della Carta che è indicato il *come*, demandando al legislatore le modalità di intervento, nonché l'assegnazione dei compiti[16]. Si dà così forma, per la prima volta, e forse in anticipo rispetto ad altre carte fondamentali degli altri Paesi europei, una coerenza ordinamentale prima solamente abbozzata, in maniera impropria e forzata, come si vedrà nel paragrafo successivo.

2. Il consumo come leva per lo sviluppo sostenibile: cenni sulla funzionalizzazione del contratto

Si è detto che gli istituti già esistenti sono stati riletti alla luce delle rinnovate considerazioni ambientali. Prima ancora della riforma, l'ancoraggio interpretativo trova, in primo luogo, sede nel Titolo I del Testo Unico dell'Ambiente (com'è usualmente denominato il d.lgs n. 152/2006), in particolare in due disposizioni: nell'art. 3-*ter* e nell'art. 3-*quater*, co. 1, per come modificato nel 2008, collocate tra i principi per l'azione a tutela dell'ambiente. Significativo il dettato contenuto all'art. 3-*quater*, sul quale è pertanto necessario soffermarsi momentaneamente. Al primo comma, esso prescrive che «*ogni attività umana giuridicamente vincolante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future*»; nei commi successivi, invece, sono specificate i campi applicativi e i suoi caratteri, essenzialmente delineati sul principio dell'uso accorto delle risorse. È in questa sede che si ha, pertanto, un primo recepimento del principio dello sviluppo sostenibile e della figura delle generazioni future nella loro necessaria interdipendenza[17]. Per quanto concerne il primo, tralasciando l'ingente quantitativo di volte in cui l'espressione ricorre nei documenti avente mero valore politico sul piano internazionale, esso è sì menzionato nei Trattati dell'Unione Europea o nella Carta di Nizza, ma fino a poco prima della citata novella del Testo Unico Ambiente, i richiami all'interno del nostro ordinamento sono stati sparsi e di modesta utilità pratica, perlopiù paragonabili a timide risposte seguite alle interlocuzioni internazionali. La categoria delle generazioni future, invece, fa la sua prima vera comparsa nel nostro ordinamento giuridico ben prima della citata riforma dell'art. 9 Cost. avvenuta nel 2022, in una sede certamente rilevante, ma formalmente poco consona a ospitare, almeno per la prima volta, una categoria giuridica così innovativa e dal forte contenuto simbolico.

L'art. 3-*ter*, invece, richiede che la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi sia compito degli enti pubblici e privati, e delle persone giuridiche e fisiche.

Nonostante i difetti redazionali del Testo Unico dell'Ambiente, che possono riscontrarsi nell'uso di formule come il limite dell'applicabilità «*alle attività rilevanti ai sensi del codice*», non può tuttavia non ravvisarsi l'importanza del combinato disposto in parola e, in particolare, non possono essere ignorati i riflessi sull'istituto del contratto e la sua capacità costruttrice[18]. Di tal guisa, infatti, ancor prima della riforma costituzionale di cui si è discusso, sono poste le basi per la funzionalizzazione dell'attività economica e, di conseguenza, negoziale, la quale però si atteggia differentemente a seconda che si parli di autonomia privata degli enti pubblici o dei cittadini. Soffermandoci momentaneamente sull'autonomia privata, tale dato, oggi, troverebbe una duplice copertura costituzionale: da un lato, il dato contenuto all'art. 118, co. 4, Cost., permetterebbe di favorire l'attività dei privati nel dare vita ad attività in grado di perseguire l'interesse generale, in accordo anche con la prospettiva solidaristica e personalista avvolgente la Costituzione[19]. Ne discenderebbe la possibilità di discorrere, oggi, a maggior ragione, di "contratto ecologico". Precisare è però, in questo caso, necessario. Sebbene ciò faccia pensare alla creazione di una categoria autonoma e distinta, sul solco di una proliferazione delle categorie contrattuali, in verità tali considerazioni vanno esposte offrendo una prospettiva più ampia. Infatti, non si fa riferimento alla creazione di un nuovo paradigma contrattuale, ma, più propriamente, a una sua evoluzione. La citata dottrina, infatti, prospetta una diversa capacità allocativa delle risorse e dei beni all'interno del mercato attraverso il contratto, la cui funzione economico-sociale, nota più comunemente come "causa del contratto"[20], non sarebbe unicamente lo scambio e la circolazione dei beni, ma, diversamente, quella di «*gestione e godimento dei beni comuni*», dove interessi patrimoniali egoistici sono accompagnati da altri che, invece, non sarebbero suscettibili di una stretta valutazione economica e la cui caratura sarebbe meta-individuale[21]. Su quest'ultimo solco, in linea teorica, sarebbe possibile porre il principio dello sviluppo sostenibile all'interno dell'ordine pubblico costituzionale: pertanto, a una sua violazione potrebbe conseguire la caducazione *ex tunc* del regolamento negoziale.

In secondo luogo, al controllo di liceità della causa, si affiancherebbe altresì, in via interpretativa, quello di meritevolezza degli interessi perseguiti nel regolamento negoziale, tenendo anche qui in considerazione la forte proiezione personalista e solidaristica che la Costituzione impone alla luce di una lettura congiunta degli artt. 2, 3, 41 della Costituzione, tale da controllare la compatibilità di contratto con l'assolvimento di finalità di carattere ambientale[22]. Tali assunti, però, non trovano ancora un'armonica e perfetta corrispondenza all'interno del nostro ordinamento, certamente responsivo alle istanze di natura ambientale ma, effettivamente, bisognoso comunque di una intermediazione del legislatore[23]. Ciò può anche ravvisarsi sul piano testuale del nuovo art. 41 Cost., dove i limiti di cui al secondo comma possono essere letti come limiti, piuttosto, esterni[24]. Ciononostante, i presupposti cennati appaiono maturati alla luce del mutato quadro europeo e nazionale e ben si instradano sulla necessità di cambiare la catena di valori prospettata dal *Green Deal*, consistente in un "tracciamento" e un controllo dei beni, non limitando la sfera di pertinenza del contratto unicamente ai rapporti giuridici che costituisce, modifica o estingue in base al contenuto previsto dalle parti, ma che può ampliarsi fino a comprendere la storia produttiva del bene eventualmente oggetto dello scambio e del quale diventa al tempo stesso fonte (si pensi agli obblighi informativi rivolti al consumatore). Gli operatori economici, attraverso il contratto, di tal guisa, disegnerebbero quel che viene definito "mercato unico sostenibile" su presupposti regolatori nuovi e, per molti versi, differenti a quelli meramente volti a rendere o correggere un mercato concorrenziale, ma maggiormente improntati a gestire le attuali e future risorse con la consapevolezza della loro scarsità[25], che però devono essere accompagnati da un intervento più pervasivo del legislatore nel ridurre altresì il grado di asimmetria informativa riguardante ogni trattativa. In pratica, si otterrebbe una vera e propria "traslazione"

dei principi sottostanti i modelli *command and control* all'interno delle dinamiche più propriamente di mercato, rendendo la distinzione tra questi e i modelli economici sempre più tenue, se non superata. Tornando alle argomentazioni momentaneamente interrotte, pertanto, tali rinnovate letture interpretative del contratto acquisiscono tangibile portata all'interno dell'ordinamento e sfruttano la figura del consumatore non sotto un profilo meramente "unidimensionale", ma che diviene parte attiva di un progetto più ampio, all'interno del quale le sue scelte fungono da leva per le più disparate finalità, tanto di natura ambientale, quanto di natura sociale, in un terreno negoziale che mira a realizzare, oltre che gli interessi di consumatore e venditore, anche quelli della generalità indistinta dei consociati: ossia, possiamo dire, come impulso alla diffusione della c.d. "*corporate social responsibility*" e, in tutto e per tutto, strumento di una transizione economica giusta e sostenibile. In un ordinamento in cui l'iniziativa economica è libera e diffusa, ciò può avere un potenziale determinante, ma la cui efficienza può essere maggiormente notata, controllata e sfruttata allorquando tali scelte di consumo possano effettivamente essere preventivate, accentrate e, pertanto, controllate. Tuttavia, il principio di sussidiarietà orizzontale potrebbe spingersi oltre.

3. Sussidiarietà e contratto anche in dinamiche non mercantili: il caso dell'amministrazione condivisa dei beni comuni attraverso strumenti consensuali.

Il principio di sussidiarietà, già si nota da quanto brevemente esposto, ha in generale una portata tale da spiegare le sue potenzialità in contesti ordinamentali diversissimi, e non sempre prevedibili. Introdotto inizialmente nelle dinamiche di diritto interno[26] per consentire una rapida e funzionale allocazione delle competenze legislative e amministrative, sul solco di una compagna di federalizzazione della forma di Stato iniziata dapprima con le riforme c.d. Bassanini, e impresse poi nel testo costituzionale attraverso la riforma del Titolo V con la famosa l. cost. n. 3/2001, ben presto ha espresso la sua forza, potremmo dire, "deformalizzante"[27]. Non a caso, in dottrina, è associata all'emersione del diritto c.d. "mite", e alla crisi del sistema delle fonti del diritto[28], in cui a nuovi documenti viene riconosciuta una concreta efficacia giuridica. Ci si riferisce, in questo caso, al crescente ricorso a moduli consensuali nelle dinamiche cooperative nell'ambito dei rapporti tra Stato, Regioni ed Enti locali; ma da non sottovalutare è il caso in cui, diversamente, la consensualità permetta di ampliare le maglie del principio democratico in seno allo stesso circuito istituzionale, fino a concretizzarsi in ipotesi di amministrazione condivisa. In tali circostanze, il principio di sussidiarietà, anziché isolare compiti e allocare responsabilità attraverso l'inerzia di un potere pubblico in favore di un altro, può generare momenti di ravvicinamento volontari di attori diversi, pubblici e privati, posti in posizione paritaria, e le divisioni dei compiti divengono, invece, concertate. Pensando al dettato del cennato art. 3-*ter* ,T.U.A., la materia ambientale diventa uno dei migliori ambiti possibili in cui sperimentare attività amministrativa condivisa. Invero, è naturale che questa attitudine ben si attaglia nel caso della pianificazione nell'ambito del governo del territorio: pertanto, anche al di fuori delle dinamiche prettamente mercantili. Sul punto, la questione dei contratti avente ad oggetto la cura di un bene comune è centrale. L'esempio maggiormente conosciuto è quello dei c.d. "contratti di fiume", o ad oggetto analogo, come i contratti di costa, bacino o di foce, che a volte sono predisposti congiuntamente, nell'ambito di una pianificazione del territorio di più ampio respiro[29]. Essi, nati nel contesto internazionale ed europeo, hanno per oggetto la cura del patrimonio fluviale da parte delle amministrazioni coinvolte e dei privati, tra cui spiccano, in particolare, le associazioni a tutela degli interessi diffusi, ma a volte anche il tessuto imprenditoriale e il mondo accademico. I contratti di fiume, in particolare, oggi sono espressamente tipizzati all'art. 68-*bis* del T.U.A. a partire dal 2015[30]. La nomenclatura al plurale suggerisce tuttavia la loro non perfetta omogeneità: fatto, come si è dapprima enunciato, frequente nell'ambito del dispiegamento della sussidiarietà[31], manifestandosi altresì nel caso nell'esercizio della competenza amministrativa, e che nemmeno la presa di posizione del legislatore supera nel collocarli definitivamente tra gli strumenti di programmazione negoziata, ampiamente disciplinati dalla l. n. 662/1996, dopo le diverse vicende legislative in cui si erano precedentemente cimentate le Regioni, come la Lombardia, che, già dal 2003 si era dotata di una normativa per la stipula di c.d. "Accordi quadro di Sviluppo Territoriale", e poi di altre a seguire. Invero, nulla potenzialmente osterebbe nel realizzare lo schema dei contratti in parola tramite quello del contratto di partenariato pubblico-privato, ormai definitivamente accolto nel codice dei contratti pubblici[32], e che effettivamente fanno emergere le profonde interrelazioni che coinvolgono il neo-formalizzato principio del risultato, di cui si discorrerà lungamente dopo, e il principio di sussidiarietà orizzontale, anche alla luce dell'art. 6, d. lgs. n. 36/2023[33]. Tuttavia, com'è stato evidenziato ancora in dottrina, non pare che tale ultima ipotesi sia stata ancora scandagliata, poiché il partenariato pubblico-privato presuppone profili applicativi che lo strumento dei contratti di fiume ancora sconosce nell'ordinamento italiano, essendo stato impiegato come strumento prettamente procedurale e pianificatorio, il cui compito è, principalmente, quello di formare l'interesse pubblico di tutela di un certo bacino idiografico accogliendo anche le osservazioni, le proposte, e le iniziative del privato, ma interiorizzandole in una cornice dai tratti ancora fortemente pubblicistici, poiché collocati nell'ambito della multi-stratificata pianificazione di bacino, molto spesso adottati con Deliberazioni della Giunta Regionale, e della prevenzione del rischio idrogeologico[34], e che non sembrano del tutto coincidere con lo schema del contratto ecologico[35]. Quest'ultimo, invece, sembra più facilmente riscontrabile nelle sedi che ora si analizzeranno.

4. La funzionalizzazione dell'attività amministrativa tra capacità di diritto pubblico e diritto privato: i contratti pubblici come strumento di politica economica

La disciplina degli appalti pubblici diventa sede ideale dei precedenti riscontri[36], ma anche di una loro contestualizzazione ulteriore. Di talché, come sottolineato dalla giurisprudenza amministrativa, questi possono assurgere a un vero e proprio strumento di politica economica e industriale, il cui scopo non è più solo quello di garantire beni e servizi alla stazione appaltante[37], ma, in pari modo, di perseguire scopi ulteriori attraverso il *know-how* sostenibile del tessuto economico locale o nazionale. Se si tiene presente che gli appalti pubblici rappresentano una quota consistente della spesa italiana[38], ci si può rendere facilmente conto dell'importanza di tale strumento anche in ottica di transizione ecologica. Ad ogni modo, proprio da qui è necessario riprendere a discorrere della funzionalizzazione dell'attività amministrativa e, in particolare, delle modalità con cui questa opera, per comprendere le differenze e sottigliezze che la distinguono da quella privata.

Com'è noto, infatti, l'attività amministrativa è preordinata alla realizzazione di un interesse pubblico, legalmente determinato in ossequio al principio di legalità-indirizzo, al quale fa da contraltare il principio di legalità-garanzia, che accorda alla legge l'individuazione dei tempi e delle modalità in maniera più o meno completa, a seconda del quantitativo di discrezionalità di cui la pubblica amministrazione può disporre. Ciò funge da collante all'interno della pluralità delle forme di attività della pubblica amministrazione[39], senza distinzioni tra l'esercizio della capacità di diritto pubblico, e l'esercizio della capacità di diritto privato, entrambe, sempre e comunque, preordinate al conseguimento dell'interesse pubblico. Nel caso della disciplina delle commesse pubbliche, se prima la funzionalizzazione si atteggiava a mero riflesso, oggi è un profilo quasi irrinunciabile, stante il sempre maggior ricorso alla capacità negoziale come vero e proprio strumento di amministrazione, come del resto si è visto con il caso dei contratti di fiume[40]. Anche alla luce dell'intervento del legislatore europeo, pertanto, in questo contesto, il contratto diventa mezzo per il perseguimento dell'interesse pubblico: *de plano,* il suo contenuto non può essere del tutto libero come accade, normalmente, tra privati, e non è certamente isolato all'interesse esclusivo della stazione appaltante[41].

In concreto, la positivizzazione del principio dello sviluppo sostenibile nel T.U.A. si ripercuote sulla disciplina delle commesse pubbliche sotto due aspetti: da un lato, sul profilo prodromico alla gara, che inizia dalla programmazione degli acquisti e dei lavori; dall'altro, inevitabilmente, potenzialmente altresì nella delicata operazione di bilanciamento all'interno della fase di esercizio della discrezionalità da parte della pubblica amministrazione, che, nell'ottica del principio del risultato, recentemente comparso nel nuovo codice, assume un carattere peculiare.

Soffermandoci sul profilo della programmazione ecosostenibile, il fondamento legale, oggi, è rintracciabile nel combinato disposto tra gli artt. 37 e 57 del d. lgs. n. 36/2023. In particolare, dalla prima disposizione discende l'obbligo dell'adozione di programmi dei lavori e degli acquisti per le stazioni appaltanti, da svolgersi in accordo con i documenti programmatori e in coerenza con le risorse disponibili[42]. Tra i documenti ispiratori della programmazione delle amministrazioni, per quanto qui rileva, non può non essere citato il PAN GPP (Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione), richiamato poi dall'art. 57 del d. lgs. n. 36/2023, adottato dal Ministero dell'Ambiente con decreto interministeriale dell'11 aprile 2008, poi modificato con ulteriore decreto nel 2013 e nel 2023. Previsto per la prima volta dalla legge finanziaria del 2006, nell'ottica di un cambiamento strutturale della pubblica amministrazione[43], la rilevanza del Piano è data soprattutto dall'incarico assegnato al Ministero dell'Ambiente di individuare i c.d. "criteri ambientali minimi", di concerto con gli altri Ministeri, con decreti ministeriali per le singole aree merceologiche di interesse all'art. 1, co. 1127, rivolgendo attenzione sia alle esigenze di efficienza energetica, sia all'uso accorto delle risorse improntato a una riduzione degli inquinanti.

In tale documento, i C.A.M. sono indicati come «*prescrizioni tecniche per integrare le esigenze di sostenibilità ambientale nelle procedure di acquisto di beni e servizi delle amministrazioni competenti*». In particolare, definirebbero: l'oggetto dell'affidamento; la modalità di selezione dei candidati, in riferimento alle loro qualificazioni soggettive, intese come capacità in senso tecnico di eseguire l'appalto; le specifiche tecniche alle quali gli operatori economici si devono conformare; infine, le clausole contrattuali, che fissano le modalità di esecuzione della prestazione dedotta. Le considerazioni ambientali, si nota, attraverserebbero così ogni fase del processo d'acquisto, guidando la stazione appaltante sia nella fase preparatoria, sia nella fase esecutiva, applicando la logica dell'interiorizzazione del ciclo di vita all'interno del contratto.

Argomentando ulteriormente, il fondamento della vincolatività dei criteri ambientali minimi è oggi contenuto al cennato art. 57 del nuovo codice, esattamente al comma secondo, dopo avere affrontato la disciplina delle clausole sociali. La simmetria redazionale è certamente felice, poiché in grado di cogliere il rapporto di simbiosi tra le istanze ambientali e le istanze sociali; non lo è altrettanto, come parzialmente notato in dottrina[44], dal punto di vista contenutistico. Già dopo una veloce lettura, si nota l'uso di termini che esprimono certezza in misura maggiore nel primo comma che nel secondo. «*Per gli affidamenti dei contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti, tenuto conto della tipologia di intervento, in particolare ove riguardi il settore dei beni culturali e del paesaggio, e nel rispetto dei principi dell'Unione europea, devono contenere 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, la stabilità occupazionale del personale impiegato, nonché l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto o della concessione e alle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché a garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare*»: oltre ai termini che richiamano l'obbligatorietà (il verbo «*dovere*», l'aggettivo «*necessari*»), l'elenco appare puntuale e piuttosto dettagliato, individuando anche un criterio per la scelta del CCNL da applicare.

Non può dirsi lo stesso, invece, del secondo comma. Esso infatti dispone: «Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti *contribuiscono* al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, *almeno* delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi, definiti per specifiche categorie di appalti e concessioni, differenziati, *ove tecnicamente opportuno*, anche in base al valore dell'appalto o della concessione, con decreto del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica e conformemente, in riferimento all'acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari, anche a quanto specificamente previsto dall'articolo 130. Tali criteri, in particolare quelli premianti, *sono tenuti in considerazione* anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 108, commi 4 e 5.

Le stazioni appaltanti *valorizzano* economicamente le procedure di affidamento di appalti e concessioni conformi ai criteri ambientali minimi. Nel caso di contratti relativi alle categorie di appalto riferite agli interventi di ristrutturazione, inclusi quelli comportanti demolizione e ricostruzione, i criteri ambientali minimi sono tenuti in considerazione, per quanto possibile, in funzione della tipologia di intervento e della localizzazione delle opere da realizzare, sulla base di adeguati criteri definiti dal Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica (corsivi aggiunti dallo scrivente)». Da una lettura sistemica emerge che l'applicazione dei criteri ambientali minimi sia trasversale e riguardante qualsiasi procedura di affidamento, anche sottosoglia[45]. Il problema, pertanto, non è investito più di tanto da aspetti di carattere quantitativo, nonostante le differenziazioni possibili, quanto, invece, da quelli attinenti alla concreta applicazione dei criteri in parola, che non sembrerebbe solo legata a squisiti parametri normativi, ma soprattutto discrezionali, e la cui diffusione potrebbe essere interamente devoluta bilanciamenti contingenti e alle migliori pratiche. Ciò premesso, i corsivi aggiunti permettono di differenziare, come accadeva del resto anche nel precedente codice, tra individuazione di specifiche tecniche obbligatorie, che dovrebbero garantire un livello essenziale di tutela, e criteri premianti, che invece innalzerebbero il livello di tutela dell'ambiente attraverso una scelta accorta del contraente.

Per assurdo, secondo il nuovo dettato, la scelta dell'operatore economico potrebbe, però, almeno stando alla lettura del comma secondo, non realizzarsi nemmeno nei suoi elementi essenziali, stante la presenza all'interno della disposizione di termini che alludono, più che alla sfera precettiva e quindi del *dover essere*, alla sfera della *moral suasion*. Almeno apparentemente, rispetto alla formulazione del codice ormai abrogato, sembra che si sia passati da un approccio *mandatory* a uno prettamente funzionale, anche e soprattutto alla luce dell'art. 34, co. 3, d. lgs. 50/2016, che, oltre a richiamare i contratti sottosoglia, era chiara nel riconoscere l'obbligatorietà generale dei criteri ambientali minimi[46]. È pertanto possibile che la corretta applicazione dei criteri ambientali minimi possa non essere sempre osservata o che risulti difficile anche a causa dell'indeterminatezza della norma, inevitabilmente esposta al ruolo chiarificatore della giurisprudenza amministrativa, anche alla luce del "nuovo" principio del risultato, la cui introduzione impatta anche le disposizioni in parola dal punto di vista semantico.

5. Natura, funzione e collocazione dei criteri ambientali minimi nelle procedure di gara. Alcune considerazioni sulla loro cogenza attraverso la lente del regime di impugnabilità della legge speciale

Da quanto esposto, è lecito affermare che l'applicazione corretta dei criteri ambientali minimi all'interno delle procedure di gara rappresenta un passo fondamentale ai fini del rispetto della *ratio* degli appalti verdi, in primo luogo, e dell'uso del contratto come strumento di politica ambientale, più in generale.

Per meglio approfondire la questione, è però necessario interrogarsi sulla natura di detti criteri ambientali minimi. La questione non è meramente teorica, poiché influisce sulla capacità di questi di operare come parametro conformativo all'interno della complessiva vicenda di gara e contrattuale e, in definitiva, dei termini e delle modalità e della loro esigibilità.

In via generale, può dirsi, tra vecchia e nuova disciplina non sembrano esservi problemi di sorta: altro non sono che *specifiche tecniche* o *clausole contrattuali*. La definizione di partenza è sicuramente di aiuto, ma non del tutto appagante. Resta infatti da comprendere se possano essere trattati di requisiti generali o di requisiti speciali, ovvero requisiti di esecuzione. Secondo il T.A.R. Campania, la risposta è negativa in entrambi i casi. Invero, i C.A.M. dovrebbero essere trattati, verosimilmente, come «*elementi essenziali dell'offerta*»[47], tale da consentire di valutare la corrispondenza qualitativa delle cose oggetto della prestazione dedotta. Questo comporterebbe l'impossibilità di trattarli alla stregua di requisiti generali o di requisiti speciali di partecipazione, né che possano essere considerati requisiti di esecuzione, i quali invece sono condizioni che la stazione appaltante deve considerare per la stipulazione del contratto d'appalto vero e proprio.

La portata della sentenza è chiaramente pro-concorrenziale, poiché consente a più operatori economici possibili di partecipare alle procedure di gara. Ciononostante, come il Consiglio di Stato ha avuto modo di rimarcare, con una sentenza risalente al 2023, la differenza tra elementi dell'offerta e requisiti di esecuzione è molto sottile. Invero, alla legge di gara spetta non solo il compito di rimarcare quali sono i requisiti di partecipazione e quali invece i criteri di esecuzione, ma anche di specificare se taluni requisiti di esecuzione possano essere considerati elementi dell'offerta, poiché «*a volte essenziali, più spesso idonei all'attribuzione di un punteggio premiale*»[48]. La legge di gara risulta essere così decisiva sotto un duplice aspetto: da un lato, poiché consente di perimetrare l'offerta ai requisiti essenziali, dall'altro poiché consente di renderla suscettibile di punteggi aggiuntivi e quindi di essere valutata congruamente dalla stazione appaltante. La *ratio* sottostante all'integrazione delle istanze di carattere ambientale attraverso le procedure di gara non sta unicamente nel garantire il rispetto minimo dei criteri di compatibilità ambientale, ma nel permettere, più propriamente, che le attività economiche non si collochino nel mercato in un sistema a "somma zero", ma che diano impulso a un suo progressivo miglioramento, stando proprio in questo la strategicità degli appalti verdi. Questo consente di stabilire che la legge di gara non possa basarsi su un recepimento passivo dei criteri ambientali minimi, ma, anzi, debba esporsi su un loro puntuale e anche dinamico riferimento, che consenta di apprezzare quando questi possano essere in parte derogati per le caratteristiche tecniche della prestazione dedotta, ovvero quando possano essere apprezzate offerte *in melius*. Ne deriva la possibilità di affrontare la questione della completezza del bando di gara e, in secondo luogo, della sua impugnabilità.

5.1 Completezza e regime di impugnazione del bando

La formulazione della *lex specialis* e il regime di impugnazione dello stesso non sono aspetti che possono essere trattati separatamente, poiché gli elementi testuali del bando sono quelli che poi concorrono nel determinare la legittimazione e l'interesse ad agire degli operatori economici che ritengono di avere subito una lesione di una loro presunta prerogativa, oltre che il computo dei termini decadenziali. Nel tempo, si sono frapposte due diverse tesi in giurisprudenza. La prima è la tesi della c.d. "eterointegrazione normativa", che poggia sulla necessaria interpretazione del testo del bando di gara nel rispetto formale del principio di legalità. Il bando di gara, pur essendo, appunto, *lex specialis*, non può tuttavia discostarsi dagli elementi indefettibili richiesti dalla legge, per cui il mero richiamo dei decreti ministeriali può considerarsi sufficiente: si presuppone che, per incorporazione, secondo il dettato di cui all'art. 1374 c.c., l'imprescindibilità dei criteri ambientali minimi sia ferma[49]. La seconda tesi, invece, valorizza la natura giuridica del bando di gara, nel senso che si pone come primo elemento in grado di instaurare un dialogo tra la stazione appaltante e i potenziali concorrenti: pertanto, non solo non ammette che il bando di gara possa essere sguarnito dei criteri ambientali minimi, ma non ammette neppure che l'amministrazione non si pronunci su quale tipologia di questi gli operatori economici debbano formulare le loro offerte ai fini di un corretto instradamento del successivo affidamento negoziale. Sicuramente, il pregio della prima tesi è quella di consentire in apparenza la speditezza della procedura di gara, caducando un eventuale motivo di impugnazione dello stesso in una fase ancora embrionale: appunto, sia accogliendo l'impostazione Gianniniana dell'interpretazione dell'atto amministrativo generale, sia ricorrendo ai criteri ermeneutici del Codice civile di cui agli artt. 1362 ss.[50], il contenuto del bando di gara è legalmente determinabile nei suoi elementi essenziali e permetterebbe altresì di non menomarne l'autosufficienza nei casi in cui, in astratto, questi potrebbero essere facilmente rinvenibili. Il difetto, tuttavia, è quello di appiattire la *ratio* del nuovo codice dei contratti pubblici, nel frattempo entrato in vigore, e altresì di sminuire il valore intrinseco dei criteri ambientali minimi che, nel loro pur essere, appunto, "minimi", suggeriscono nondimeno uno sforzo da parte delle amministrazioni di includere nel risultato amministrativo cui è orientato il nuovo d. lgs. 36/2023 il migliore perseguimento dell'interesse ambientale al fine di garantire una costante funzionalizzazione del contratto. Ciò non sarebbe possibile con il ricorso alla tesi dell'eterointegrazione, che presuppone un atteggiamento passivo, che, in fin dei conti, non terrebbe conto delle specificità del bando di gara per quel dato affidamento, che, a ben vedere, possono dare luogo a una ricaduta sensibile sulla ricostruzione dei reciproci diritti ed obblighi che verranno formalizzati in fase di stipula[51] e, in secondo luogo, dei criteri di valutazione e di selezione di quella data stazione appaltante. Da quanto detto, la seconda tesi, in effetti, sembra essere preferibile. I criteri ambientali minimi, attraverso le clausole contrattuali e le specifiche tecniche, concorrono altresì nel rendere le caratteristiche dei beni e servizi richiesti dalla stazione appaltante concretizzabili dagli operatori di mercato[52], rendendo altresì presunto il rispetto del principio *do not significant harm* che ormai è il presupposto essenziale per qualsiasi affidamento, che altrimenti sarebbe rimandato in fase di esecuzione[53]. Ma, come detto, ciò rappresenta soltanto il rispetto del bilanciamento minimo tra libertà di iniziativa economica e tutela delle istanze ambientali.

6. La funzione avvolgente dei principi in un codice che aspira all'autosufficienza. Il bilanciamento *in concreto* alla luce del principio della fiducia e del principio del risultato in materia ambientale

Quanto detto risulta maggiormente avvalorato alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici. Non è un caso, infatti, che la maggior parte delle tesi giurisprudenziali contrarie all'eterointegrazione dei criteri ambientali minimi si siano presentate con maggiore frequenza a partire dalla sua entrata in vigore[54]: l'influenza dei principi in esso enucleati in apertura ha avuto senza dubbio un peso specifico per i giudici amministrativi, che devono mettere a frutto sforzi interpretativi di non poco conto[55]. Invero, come sancito all'art. 4, l'applicazione e l'interpretazione delle disposizioni del codice in parola sono ispirate ai principi del risultato (art. 1), della fiducia (art. 2) e di accesso al mercato (art. 3). La collocazione di tali principi non è casuale, ma conforme a un criterio gerarchico che pone il principio del risultato in cima a quelli elencati, secondo una logica capace di immaginarlo sia come valore a cui aspirare, ma anche come criterio organizzativo della stessa attività amministrativa, richiedendo competenze altamente sviluppate in capo ai funzionari. Dalla relazione al codice, invero, si comprende che il risultato emerge come vero e proprio interesse pubblico (p. 13), ma, da un lato, dalle parole dell'art. 1 del codice, è affermato in maniera espressa che deve essere criterio guida dell'esercizio della discrezionalità: una discrezionalità che deve essere, appunto, qualificata. La nozione di risultato non è vaga, ma è la concretizzazione dell'interesse perseguito dalle disposizioni del codice e di tutte quelle che servono per il corretto svolgimento della gara e dell'esecuzione del contratto, evitando interruzioni e lungaggini, concorrendo tuttavia a formare in capo agli operatori economici la fiducia nei riguardi dell'azione amministrativa attraverso modalità pertinenti di auto-responsabilizzazione e di corretto instradamento dei termini e delle condizioni dell'affidamento[56]. Queste argomentazioni facilmente collocano il principio del risultato anche come presidio di legalità-garanzia, diventando finanche un criterio di legittimità e quindi di motivazione e congruità delle scelte[57]. Argomentando ulteriormente, a ben vedere, a differenza del vecchio codice, dove *la par conditio* era particolarmente tutelata poiché il suo scopo era principalmente garantire la concorrenza tra gli operatori privati, tutelando il diritto a partire dalle medesime condizioni, il nuovo codice sembra interpretare il principio del risultato ammantandolo di una inespressa e potenziale attitudine escludente che deve però essere adeguatamente stimabile[58]. Di tale avviso è autorevole dottrina, che parla di una funzionalizzazione della concorrenza e di una certa servenza di tutti gli altri principi per perseguire, appunto, il risultato[59]. Per alcuni Autori, questa non è una novità, ma, anzi, ribadisce che non può esservi risultato, quindi qualità, senza gara e quindi senza gioco concorrenziale[60]. Quest'ultima considerazione parte però da un punto di vista parziale, poiché non tiene conto del fatto che a cambiare non è lo strumento di realizzazione dei fini, che rimane pur sempre e logicamente il mercato e che non è mai messo in discussione, ma le modalità di selezione degli operatori economici, che possono divenire più rigorose anche a partire dai requisiti di partecipazione, come del resto previsto dall'art. 10, co. 3, del codice in parola[61], e, successivamente, quelli di valutazione delle offerte sulla scorta dei criteri premianti, che devono poi essere coerenti con il contenuto del bando[62]. In ciò, ricadute significative sono prodotte anche dalla modalità con cui si avvia una gara, che, alla luce del citato art. 1, sembra privilegiare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il gioco competitivo è così fortemente incentivato sia all'interno della gara, ma anche al di fuori della stessa, nella misura in cui sollecita gli operatori economici a innovare e adattarsi a standard ambientali via via più rigorosi e preferibili, senza però che il codice li preveda espressamente e senza associare alla mancanza di questi una causa predeterminata di esclusione, oltre a quelle di cui agli artt. 94 e 95: per il timore di non essere potenzialmente selezionati.

7. Il principio di equivalenza delle offerte

Il principio del risultato potrebbe richiamare, altresì, il principio di equivalenze delle offerte, ritenuto corollario del *favor partecipationis*, in ragione del quale le offerte che presuppongono caratteristiche tecniche analoghe a quelle richieste dal bando di gara non possono essere preventivamente escluse. Il suo riconoscimento da parte della giurisprudenza è stato costante nel tempo[63], esprimendo la necessità di garantire il buon andamento della pubblica amministrazione attraverso l'imparzialità, proporzionalità e ragionevolezza della sua azione: di contro, infatti, si rischierebbe di comprimere eccessivamente la libertà di iniziativa economica privata[64]. Il nuovo codice, all'Allegato II.5, in linea di continuità con gli artt. 68-69 d. lgs. 50/2016, definisce in maniera abbastanza dettagliata quali siano le caratteristiche delle specifiche tecniche e delle etichettature che i bandi devono richiamare nella sua Parte I, differenziando tra le ipotesi di appalti pubblici di lavoro e appalti pubblici di servizi e forniture. Le prestazioni ambientali e di ripercussione sul clima, in particolare, sono citate come specifiche tecniche: da ciò ne deriva che la mancata corrispondenza dell'offerta a queste ultime comporti un'ipotesi di vendita *aliud pro alio*[65]. Al contempo, però, sono fornite le definizioni degli strumenti che consentono di garantire la corrispondenza alle specifiche tecniche e la congruità delle etichettature, tra cui di «*norma*» (intesa come norma tecnica), di «*valutazione tecnica europea*», di «*specifica tecnica comune*», e altresì di «*riferimento tecnico*». Il testo dell'Allegato II.5, pertanto, apre a numerose modalità di corrispondenza, non necessariamente letterali, come del resto anche riconosciuto in T.A.R. Campania, Napoli (Sez. IX), sentenza del 26 maggio 2025, n. 4022, ove i giudici amministrativi parlano più precisamente di «*equivalenza funzionale*», ribadendo che detto principio si applica sempre alle specifiche tecniche, ma che può perfino riguardare i requisiti minimi obbligatori. Infine, richiamando le argomentazioni del massimo organo di giustizia amministrativa, per il T.A.R. Campania è sufficiente una valutazione della documentazione tecnica allegata[66]. Effettivamente, nella sua Parte II, lettera A, par. 4, con riferimento alle specifiche tecniche, l'Allegato II.5 precisa che queste «consentono *pari accesso* degli operatori economici e non devono comportare ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza» (corsivi aggiunti). Tuttavia, ciò comporta un aggravio per la procedura di gara, la quale, pur il codice prevedendo che la prova della presenza dei requisiti dichiarati spetti all'operatore economico, attribuisce contestualmente all'amministrazione compiti di verifica piuttosto complessi che non tutte le pubbliche amministrazioni possono agilmente risolvere e di cui non sempre il singolo funzionario può e vuole assumersene le responsabilità, frustrando altresì la *ratio* del codice.

8. Riflessioni finali sugli elementi di comando e controllo negli acquisti verdi e nei moduli consensuali: tanto rumore per nulla?

Gli acquisti verdi sono oggetto di procedure di pianificazione e di aggiornamento, ma altresì di centralizzazione e di controllo: può dirsi che, nei fatti, si sta creando una vera e propria *governance* dei criteri ambientali minimi al fine di assicurarne una sempre più efficace esigibilità, e già lo stesso PAN GPP del 2023 si sbilancia nel definirla in questo modo (pp. 23-24 del Piano). Gli elementi tipici del *command and control* compaiono tutti: vi è un Piano (appunto, il PAN GPP), da concertare e approvare con Regioni e Province autonome di Trento e Bolzano, sottoposto poi ad approvazione di Consip S.p.a., la centrale di committenza qualificata più importante sul territorio nazionale. Il Piano, in particolare, spiega che è il Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica a dettagliare i C.A.M. per le singole categorie merceologiche, tramite la Direzione Generale Sostenibilità dei Prodotti e dei Consumi, coinvolgendo il più ampio numero di soggetti interessati e qualificati (imprese, professionisti, pubbliche amministrazioni, università), pronunciandosi con Decreto Direttoriale pubblicato in Gazzetta Ufficiale, previa approvazione del Comitato di Gestione, il quale ha anche compiti di impulso (par. 3.6 del Piano 2023). Vi sono poi monitoraggi e aggiornamenti (momento del *control*) annuali da parte del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica e del Comitato di Gestione. Inoltre, le problematiche tecniche relative allo svolgimento della gara possono essere superate avvalendosi delle centrali di committenza qualificata, le quali possono non solo supplire la mancanza della qualificazione di una certa stazione appaltante[67], ma possono anche dare un vero e proprio supporto operativo. Al contempo, nello svolgimento della gara, i normali istituti della verifica e del collaudo, richiamati gli artt. 1665-1666 c.c. dall'art. 116 del codice dei contratti pubblici, divengono strumenti di controllo per le stazioni appaltanti di attuazione dei criteri ambientali minimi. Il collaudo, poi, è generalmente svolto da un organo indipendente, e sono gli stessi criteri ambientali minimi a prevedere una loro sezione nella relazione di collaudo a loro interamente dedicata: di conseguenza, sebbene in passato autori come Favara[68] non riconoscessero al collaudo del contratto di appalto la capacità di valutare la corrispondenza dell'esecuzione del contratto con l'interesse pubblico dedotto, può invece ora dirsi che è un mezzo anche di verifica di corrispondenza, in senso più ampio, della causa del contratto[69], e dell'inclusione delle istanze ambientali, oggi proprie dell'interesse pubblico sottostante. Tuttavia, non è tutto oro ciò che luccica. Invero, una profonda conformazione dei comportamenti economici è un dilemma di natura costituzionale che può non rendere ragionevoli richieste improntate a una sostenibilità *tout court*[70]. In più, per quanto le valutazioni di sostenibilità debbano certamente conformare l'attività pubblica, anche a norma del T.U.A., come spiegato in questo *paper* in tema di principio dello sviluppo sostenibile, non sembra che possa ancora ravvisarsi un quadro completo e maturo per attuarle compiutamente anche nei procedimenti di gara: nonostante il risultato amministrativo invocato nel codice dei contratti pubblici sia pregno anche di istanze ambientali, nondimeno pari importanza (o, probabilmente, maggiore[71]) sembrano assumere la tempestività ed economicità dell'affidamento[72]; inoltre, l'apporto fornito dai principi può risultare di fatto depotenziato. Ciò può condurre le stazioni appaltanti a conformarsi al rispetto dei criteri ambientali minimi ministeriali nel loro contenuto essenziale, e, tutto sommato, "presentista", limitandosi al rispetto del principio "filtro" del *do not significant harm*, dimenticando di fare ampie valutazioni di sostenibilità e, quindi, di lungo periodo[73]: anche per evitare la scure dei ricorsi davanti alla giustizia amministrativa. Il dato positivo da solo non è sufficiente: è necessaria l'intermediazione volontaria dei *cives* e delle amministrazioni[74], potendo i "pungoli" stimolanti la forza creatrice dei privati rimanere insufficienti in caso di diffusa superficialità nelle prassi realizzatrici. È quest'ultimo il campo in cui non sempre l'autorità riesce a entrare, oppure a porsi come vero e proprio volano. Il risultato amministrativo, di tal guisa, è anche influenzato dalla cultura giuridica e amministrativa presente in un certo momento storico, così come dall'indirizzo politico-amministrativo adottato da un certo ente esponenziale. A rigore, tali considerazioni, ben potrebbero calarsi nell'ambito dell'attività di programmazione per la gestione delle risorse naturali, attraverso i moduli consensuali, come nel caso dei contratti di fiume, o quelli aventi oggetto analogo, a cui pure si è fatto riferimento. Questi ultimi, pur mettendo diversi livelli di governo in comunicazione, più che un momento di ravvicinamento autentico, in grado di spazzare l'aleatorietà e l'asimmetria informativa che il mercato ordinariamente presenta, ispirandosi alla logica della sussidiarietà sociale come ulteriore volano di miglioramento ambientale ed ecologico, possono rischiare di tradursi in un aumento della spesa pubblica secondo le priorità previste dal soggetto finanziatore, che possono anche cambiare nel tempo[75], o nell'elusione dell'assunzione del rischio da parte del soggetto pubblico nell'ambito di ancora "futuribili" iniziative partenariali disciplinate dal codice dei contratti pubblici. La cassetta degli attrezzi è sicuramente disponibile, grazie al corredo di principi del nuovo codice e, più in generale, ai diffusi interventi normativi incoraggiati dalle dinamiche intrinseche della sussidiarietà, ma bisogna aspettarsi anche la volontà di impiegarli con pienezza ed equilibrio.

1. Come già avanzato da M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, Giappichelli, Torino, 2007. ↑
2. Si pensi, sul punto, alla creazione dei mercati artificiali di scambio dei permessi e crediti di emissioni, ovvero ai mercati dedicati allo scambio di certificati verdi e bianchi: tutti creati, chiaramente, attraverso l'intervento pubblico. ↑
3. B. Celati, *Stato e mercato nella disciplina giuridica del governo dell'economia sostenibile*, in *Amministrazioneincammino*, 2021, p. 5. ↑
4. Si è parlato, sul punto, di «*correttivi politici*» della disciplina e dei rimedi antitrust, discesi da un ampliamento, e forse, consolidamento, delle istanze ambientali all'interno del corretto svolgimento del gioco economico. A. Del Pra, *Difesa di sostenibilità e ambientale e abuso di posizione dominante*, in *Rivista ODC*, 2023, 5, pp. 874-900. Altra parte della dottrina, inoltre, parla apertamente di «*mercato unico sostenibile*», tra cui D. Imbruglia, *Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori*, in *Persona e mercato*, 2021, 3, pp. 495-510. ↑
5. Fenomeno avvertito in primo luogo da F. de Leonardis, *Lo Stato ecologico*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 79-83, ma diffusamente, in dottrina, è possibile rintracciare sentimento di analogo tenore, sebbene accompagnati da un certo scetticismo, dovuto soprattutto alla necessità di rispondere alle sfide internazionali poste principalmente dall'Accordo di Parigi, prima, dall'Agenda 2030, poi. La ferma adesione e partecipazione e siffatte iniziative, infatti, non poteva che condurre all'applicazione più pervasiva e trasversale del principio di integrazione delle istanze ambientali nelle politiche dell'Unione Europea di cui all'art. 11 TFUE. Aspetti che non possono più coincidere con un approccio, per così dire, *laissez faire* rispetto alla produzione, ampliante pertanto la sfera delle considerazioni giuridiche che ispirano le istituzioni e il legislatore europeo, oltre che pregiuridiche. M. Iannella, *L'European Green Deal e la tutela costituzionale dell'ambiente*, in *federalismi.it*, 2022, 24, p. 172; M. C. Carta, *Il Green Deal Europeo. Considerazioni critiche sulla tutela dell'ambiente e le iniziative di diritto UE*, in *Eurojus.it*, 2020, 4, pp. 70. ↑
6. Come notato da F. Pacini, *Ai confini della normatività. Hard law e soft law in «tempi difficili»*, testo provvisorio della relazione al convegno annuale della Associazione del Gruppo di Pisa, Firenze 17-18 Giugno 2022, p. 2, sulla scorta di L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Hart, Oxford e Portland (OR), 2004, p. 112, gli effetti giuridici, anche solo indiretti, delle *soft laws* è caratteristica riscontrata da tempo e, addirittura, in certi casi esplicitamente riconosciuta, dagli anni '70 del '900, da parte della Corte di Giustizia, radicandovi la propria giurisdizione ai fini di una loro giustizialibilità. In materia di *softw laws* nell'ambito dello spazio europeo, ad ogni modo, è copiosa la produzione dottrinale. Per un approfondimento, si rimanda a G. Morbidelli, *Degli effetti giuridici della soft law*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2016, 2, pp. 1-5; B. Boschetti, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*¸2016, 2, pp. 32-52; V. Sacchetti, *Gli atti di «soft law» della Commissione Europea, tra effettività della tutela giurisdizionale e obbligo di leale cooperazione*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2023, 2, pp. 305-326; F. Ferri, *Il diritto dell'Unione Europea «post» «Europa 2020»: alterazioni nei rapporti giuridici tra ordinamenti e possibili effetti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 2, pp. 723-748; A. D'Atena, *L'anomalo assetto delle fonti comunitarie*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2001, p. 591, il quale più ampiamente mostra alcune lacune legate alla costruzione dogmatica delle fonti del diritto all'interno dell'ordinamento europeo, ravvisando un assetto asistematico, potremmo dire, col senno di poi, non del tutto risolto nemmeno dall'approvazione del Trattato di Lisbona. ↑
7. M. Distefano, *Origini e funzioni del soft law in diritto internazionale*, in *Lav. dir.*, 2003, 1, pp. 17-35 e L. Senden, cit., 2004, i quali, riconoscendo un tasso di graduale normatività (per ripercorrere le parole di B. Pastore, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lav. dir.*, 2003, 1, pp. 5-16) ipotizzano la tripartizione delle *soft laws* nelle distinte tipologie di: *pre-laws*, allorquando siano strumentali alla produzione di fonti *hard*; *para-laws*, se fungono da mera raccolta di atti *soft* ovvero se, in maniera non poco turbolenta, producono atti come raccomandazioni, pareri e comunicazioni non interpretative; *post-laws*, nel caso delle famosissime linee-guida, collocate nel rango delle fonti sublegislative, sovente di natura regolamentare. Per un approfondimento, R. Bin, *Soft law, no law*, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, a cura di A. Somma, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 31-40. ↑
8. F. de Leonardis, *Lo Stato ecologico*, cit., introduzione. ↑
9. Ancora, secondo F. de Leonardis, *Lo Stato ecologico*, cit. la questione in realtà muta parzialmente di prospettiva nella misura in cui si considera che le varie autorizzazioni ambientali oggi disciplinati dal T.U.A. consentano di condizionare il rilascio dell'autorizzazione al rispetto di determinati criteri tecnici e progettuali specificamente indicati al privato nelle more del procedimento amministrativo. Tuttavia, a ciò può anche aggiungersi che l'amministrazione procedente deve altresì valutare la c.d. alternativa zero, sulla scorta dei rilievi forniti dal privato nel corso del procedimento autorizzatorio. I modelli *command and control*, in questo senso, può dirsi che siano diventati più dinamici, ma, in ogni caso, non ci si può sbilanciare su un eventuale cambio di *ratio* degli istituti dedotti: rimangono, pur sempre, espressione di un potere autoritativo orientato a limitare il più possibile, se non evitare, l'impatto di una singola attività economica, caso per caso, senza però dare particolari indicazioni progettuali di metodo vero e propri. ↑
10. Si riprende la nota metafora nata dai primi commenti sorti in occasione della riforma Bassanini, costruente un federalismo amministrativo "a Costituzione invariata". ↑

11. Aspetto ulteriormente enfatizzato dal Regolamento Delegato (UE) 2023/1669 della Commissione per quanto concerne la commerciabilità di smartphone e tablet, dove i criteri per riportare le indicazioni ormai obbligatorie nei procedimenti di etichettature energetiche non sembrano richiedere una marcata intermediazione degli organismi di normalizzazione, essendo riportati all'interno degli allegati in maniera più o meno puntuale. Ancora, non può essere dimenticato il Regolamento (UE) 2024/1781 in materia di ecoprogettazione. ↑
12. Questo approccio, che ricorda quello della logica *One Health*, è già apprezzabile leggendo le dettagliate note introduttive. Infatti, il testo del Regolamento, nei suoi Considerando, mette in evidenza la relazione tra l'uso di tecniche di agricoltura intensiva, i processi di urbanizzazione e la perdita di biodiversità; ma mostra altresì un certo *favor* nei confronti nei metodi di coltivazione estensiva, reputandoli idonei a garantire la crescita di biodiversità insistente sui terreni, e, inoltre, la loro stessa resilienza. Sono, però, i passaggi come quelli contenuti nel Considerando 52 a essere maggiormente rilevanti, nella misura in cui consentono di ricostruire quali sono gli elementi materiali di un ecosistema agricolo e il loro potenziale impatto positivo nell'accogliere un certo grado di biodiversità, collimando con la nozione italiana di paesaggio «*come morfologia del territorio*» (Corte cost., sentenza n. 367/2007). Lo stesso approccio è seguito, successivamente, anche nel calare la dimensione ecosistemica anche all'interno dei contesti urbani, anch'essi meritevoli di attenzione per la conservazione e il ripristino della biodiversità attraverso i loro spazi verdi e rivieraschi, nonché dei contesti costieri e, più in generale, marini. L'art. 3, poi, sintetizza tali suggestioni all'interno delle definizioni come quelle di «*ecosistema*», «*habita di speciet*», «*buono stato*», in cui le relazioni che costituiscono le unità funzionali da tutelare sono considerate nel loro ordinario svolgersi. Per un maggiore approfondimento, U. Salanitro, *La tutela preventiva della biodiversità nel regolamento europeo sul ripristino della natura (Nature Restoration Law)*, in *ambientediritto.it*, 2025, 1, pp. 1-11. ↑
13. Il Regolamento in parola assegna agli Stati membri il compito di individuare e attuare piani nazionali di ripristino degli ecosistemi e della biodiversità secondo cronoprogrammi in cui deve essere centrale il coinvolgimento delle «*unità amministrative*», cioè dei livelli di governo sub-statali, con l'onere di comunicare i progressi, i risultati e le estensioni dei territori oggetto di piano alla Commissione, con cadenza triennale, nel rispetto delle priorità da questa individuate negli allegati tecnici. Sembrerebbe altresì devoluto agli Stati membri il compito di garantire un adeguato monitoraggio. Centrale, poi, il supporto dell'Agenzia Europea dell'Ambiente, così come di un comitato tecnico-scientifico a supporto dei poteri di indirizzo e di impulso assegnati alla Commissione. M. Ferrara, *A prima lettura del regolamento UE sul ripristino della natura (reg. UE 2024/1991)*, in *federalismi.it*, 2024, 24, 114-128. ↑
14. Scolpito, in Italia, sul solco di altre carte costituzionali europee, dalla recente novella degli artt. 9 e 41 della Costituzione, avvenuta con l. cost. n. 1/2022, la quale può essere letta come testimonianza, tra le altre, dell'apertura delle carte costituzionali verso l'esterno. La metafora del costituzionalismo di sintesi, tuttavia, ben potrebbe aiutare a comprendere, oltre che il momento fondativo dell'ordinamento europeo, a cui in genere viene associato il momento ascensionale, anche il momento di segno opposto, cioè di permeabilità del diritto euro-unionale negli ordinamenti interni in una veste più matura del semplice principio di supremazia del diritto dell'Unione Europea. Per una maggiore panoramica sul concetto di costituzionalismo di sintesi, si rimanda a J. H. Fossum, A. J. Menéndez, *La peculiare costituzione dell'Unione Europea*, Trad. it., Firenze University Press, Firenze, 2012. ↑
15. Come sottolineato da G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, CEDAM, Padova, 2003, p. 87. ↑
16. In senso di bilanciamento di "garanzia", P. Ridola, *Il principio libertà nello stato costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 139: i contenuti dei pubblici poteri sono e devono essere predeterminati con legge, in ossequio del dettato di cui all'art. 97 Cost., tralasciando aspetti di dettaglio che possono essere disciplinati anche da fonti subordinate, come sostenuto da S. Fois, *Osservazioni sui limiti dell'impugnativa costituzionale e sulla riserva di legge prevista dall'art. 41 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1958, p. 23. ↑
17. Il principio dello sviluppo sostenibile, infatti, altro non sarebbe che un'obbligazione morale che si configura in capo alle generazioni attuali nei confronti delle generazioni future. I. Rivera, *Le tonalità dell'ambiente e le generazioni future nel cammino di riforma della Costituzione*, in *BioLaw Journal*, 2022, 2, p. 235. ↑
18. Accogliendo l'impostazione offerta da G. Oppo, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 1, p. 34, gli elementi essenziali del mercato, infatti, sarebbero essenzialmente tre: il contratto, l'impresa e la società. Il contratto, in particolare, è presentato come elemento semplice, mentre l'impresa e la società come entità complesse che usano i contratti per regolare rapporti di natura patrimoniale e di natura personale. ↑
19. A. Ruggeri, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *federalismi.it*, 2013, 17, che ben spiega come principio personalista e principio autonomistico vadano di pari passo. ↑
20. In accordo, appunto, alla c.d. "teoria della funzione" o "teoria oggettiva". ↑
21. M. Pennasilico, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *RQDA*, 2017, 1, pp. 6-7; N. Zorzi Galgano, *Iniziativa economica privata e pluralità degli interessi costituzionalmente tutelati: l'ambiente e gli animali*, in *Contr. impr.*, 2023, 1, p. 456. Aspetto, però non del tutto nuovo all'interno dell'ordinamento, come notato dalla dottrina appena citata, ma anche da altri autori, tra cui V. Ricciuto, *Regolazione del mercato e "funzionalizzazione" del contratto*, in *A.A.V.V. Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, ESI, p. 1628, dove effettivamente si può constatare che il contratto si arricchisce di una inedita forza già nello Stato regolatore, a tutela delle parti deboli e come fonte di giustizia sociale. La differenza, tuttavia, è evidente, ed opera su due profili: il primo riguarda l'evoluzione delle parti del contratto, che si risolve in un consumatore consapevole e proattivo nel caso del contratto ecologico; il secondo attiene invece alla considerazione che il fine ultimo rimane, pur sempre, preservare un assetto pro-concorrenziale del mercato, non in grado di conformare il modo di porsi sul mercato da parte dell'impresa "nel merito", ma di ristabilire in via mediata l'uguaglianza formale dei contraenti, sulla teoria del contratto ottimale cara all'economia dell'informazione. ↑
22. Sul punto, ancora M. Pennasilico, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *RQDA*, 2017, 1, pp. 14-15M; P. Perlingieri, *Persona, ambiente e sviluppo*, in M. Pennasilico (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale*, Napoli, 2016, p. 321 e, in parte, A. Calogero, *Saggio su autonomia privata e ambiente*, in *Inn. Dir.*, 2020, 3. Tale considerazione sembrerebbe snodarsi partendo dalla complessiva lettura civil-costituzionale che il contratto negli ultimi anni ha assunto, come notato in dottrina, in particolare, F. Barbagallo, *Limiti costituzionali alla libertà contrattuale e sindacato giurisdizionale: un nuovo caso di rilettura costuituzionalmente orientata del canone di buona fede*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2020, 3, pp. 151-172. Considerazioni di analogo tenore sono state mosse, nuovamente, dal Perlingieri, il quale configura il principio dello sviluppo sostenibile, nella sua portata solidaristica, come componente dell'ordine pubblico costituzionale e la cui violazione sarebbe in grado di provocare la nullità del contratto ex art. 1418, co. 2, c.c., rilevabile *ex officio*. ↑
23. Una parte della dottrina, infatti, non condivide del tutto tale ottimistica visione, tra cui B. S. Servida, *Sostenibilità ambientale, autonomia privata e private regulation*, in *Dial. Dir. Eco.*, 2024, pp. 1-18, sulla base del fatto che il principio dello sviluppo sostenibile sarebbe ancora attorniato da una certa aura di oscurità che impedirebbe di farne un'applicazione concreta, perlomeno non come accaduto con l'ormai consolidata tutela della solidarietà sociale. Al contempo, si aggiunge, l'attuale disciplina del contratto formalizzata nel codice codice civile sembra enunciare, da un lato, le cause di nullità che permettono di travolgere *ex tunc* l'accordo tra le parti, ma dall'altro pone dei contrappesi che consentono di conservare la validità del contratto. Ciò comprometterebbe la diretta applicabilità *tout court* dei principi costituzionali e, al contempo, sia facendo collimare giudizio di liceità e giudizio di meritevolezza, sia separando le due nozioni (come fa, del resto, Gazzoni), sarebbe comunque necessaria l'intermediazione della legge per restringere così fortemente l'autonomia contrattuale, non potendo discendere dalla lettura dell'art. 41 Cost., anche a rigor di novella, una automatica caducazione del regolamento negoziale per violazione del principio dello sviluppo sostenibile. Ciò sembra in linea con il pensiero dei giuristi Gianturco e Coviello, che anche in tema di "socializzazione" del diritto auspicavano più un intervento del legislatore che quello del giudice. G. Chiodi, *La funzione sociale del contratto: riflessi di uno storico del diritto*, in F. Macario, M. Milletti (a cura di), *La funzione sociale del diritto privato tra XX e XXI secolo*, 2017, p. 137; dello stesso avviso, anche M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, che parla di una copertura di riserva di legge implicita, anche relativa, come del resto sostenuto anche dalla Corte costituzionale con la sua sentenza n. 40/1964, che considera l'iniziativa legislativa necessaria costante in tema di compressione delle libertà. ↑
24. Lo stesso Irti, infatti, lamenta il vuoto argomentativo intorno all'art. 41 Cost., sia nelle sentenze della Consulta, sia nelle sentenze della Cassazione, segnalando la mancanza di una prospettiva orizzontale in una disposizione che conosce solo «*il profilo protettivo della libertà*». N. Irti, *Il diritto della transizione*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 11. ↑
25. D. Imbruglia, *Il mercatio unico sostenibile e diritto dei consunmatori*, in *Persona e mercato*, 2021, 3, pp. 495-510. ↑
26. Il principio in parola, in effetti, soprattutto nella sua dimensione verticale, era già lungamente conosciuto nel contesto Europeo come freno alla cessione di competenze al superiore livello sovranazionale. P. De Pasquale, *Sharing is caring: i primi trent'anni del principio di sussidiarietà nell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eu.*, 2021, 3-4, pp. 429-452. ↑
27. Espressione che lo scrivente ritiene pertinente anche e, soprattutto, nei casi in cui il diritto si contamina. di questioni tecniche. ↑
28. Tale aspetto, in particolare, appariva chiarissimo a A. Moscarini, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, CEDAM, Padova. Sul punto, basti ricordare le c.d «intese» prodotte nell'ambito del Sistema delle Conferenze, che la Corte costituzionale ha ritenuto vincolanti in quanto espressione del principio di leale collaborazione. Particolarmente decisiva, sul punto, Corte Cost., 14 gennaio 2016, n. 1. ↑
29. Si pensi, ad esempio, alla Regione Lazio, con il progetto «Coasting», co-finanziato dal Programma Interreg Med 2014-2020, la Regione Lazio – Direzione per le Politiche Abitative e Pianificazione Territoriale, Paesistica e Urbanistica come partner, che ha condotto alla dichiarazione di intenti per la sottoscrizione del Contratto di costa dell'Agro Pontino, ricadente nell'ambito di una programmazione già iniziata nel 2016 con l'avvio dell'iter per la produzione dei Contratti di Fiume relativi alla cura e tutela dell'Amesano, del Cavata e dell'Ufente. ↑

30. Il quale recita: «*I contratti di fiume concorrono alla definizione e all'attuazione degli strumenti di pianificazione di distretto a livello di bacino e sottobacino idrografico, quali strumenti volontari di programmazione strategica e negoziata che perseguono la tutela, la corretta gestione delle risorse idriche e la valorizzazione dei territori fluviali, unitamente alla salvaguardia dal rischio idraulico, contribuendo allo sviluppo locale di tali aree*». ↑
31. Già Gregorio Arena si era esposto in questi termini nel descrivere le interazioni tra attori pubblici e privati sotto l'attivazione del principio di sussidiarietà orizzontale, ricorrendo a una metafora piuttosto evocativa: «*Il risultato della interazione fra le risorse di cui sono portatrici le amministrazioni e quelle di cui sono portatori i cittadini non è una semplice somma aritmetica; semmai, è più simile al risultato che si ottiene mescolando fra loro i colori base. Supponendo che la pubblica amministrazione sia il giallo ed i cittadini il verde, il risultato che emerge applicando il principio di sussidiarietà orizzontale non è una semplice mescolanza fra due colori, bensì è un colore nuovo, il blu*». G. Arena, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costitutuzione*, in *amministrazioneincammino.it*, 2003, p. 22. ↑
32. Tale soluzione è stata caldeggiata in sede internazionale, sebbene tale auspicio debba essere preso con cautela, stante la non perfetta omogeneità degli strumenti ed istituti giuridici tra i diversi ordinamenti; ma, a ben vedere, anche la Commissione Ambiente, nel 2020, in una risoluzione, protocollata al nr. 8-00092, presentata dalla Deputata Chiara Braga, fa riferimento all'utilizzo del partenariato pubblico-privato per la gestione del patrimonio idrico: https://www.camera.it/leg19/410?idSeduta=0503&tipo=atti_indirizzo_controllo. Ancora, M. Bastianini, *L'evoluzione dei contratti di fiume*, in C. Leone (a cura di), *I contratti di fiume*, Mimesis, Milano-Udine, pp. 40-41. ↑
33. R. Spasiano, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *federalismi.it*, 2024, 9, pp. 206-227, sulla scorta delle considerazioni di Franco Gaetano Scoca sulla più generale amministrazione di risultato, che estende il tradizionale rapporto norma-atto, al rapporto norma-risultato-atto. ↑
34. Soprattutto quest'ultimo scopo richiede molto spesso interventi tempestivi e spesso tramite l'uso di strumenti autoritativi. Sul punto, V. Parisio, *Risorse idriche, contratti di fiume e amministrazione condivisa*, in *Federalismi.it*, 2023, 23, in particolare, p. 182. ↑
35. Sul punto, C. Leone, *I contrati di fiume nell'alveo del diritto amministrativo*, in C. Leone (a cura di), cit., pp. 100-103, sulla scorta di S. Valaguzza, *Partenariati Pubblico Privato nella gestione condivisa e sostenibile dei territori*, in M. Bastiani, A. De Carli, P. Rizzuto (a cura di), *Il supporto finanziario ai processi e Programmi d'Azione dei Contratti di Fiume, Stato dell'arte e prospettive*, anche perché, effettivamente, non sembra che i contratti di fiume diano luogo a una collaborazione stabile con un *partener* privato, in maniera alternativa rispetto ai moduli della privatizzazione. M. Pignatti, *I modelli di Partenariato Pubblico-Privato nella gestione e valorizzazione dei beni culturali come strumento per la creazione di ecosistemi innovativi e di sviluppo economico e sociale*, in *DPCE Online*, 2022, 1, in particolare, pp. 94-95. ↑
36. E. W. Di Mauro, *Sviluppo sostenibile e contratto «ecologicamente orientato»*, in G. Capaldo (a cura di), *Iniziativa economica privata e mercato unico sostenibile*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2023, p. 87; S. Casini, *Clausola sociale: quando la sua assenza può viziare gli atti di gara*, in *Urb. App.*, 2018, 5, p. 700. Sulla definizione di responsabilità sociale d'impresa, invece, diffusamente, nell'opera a cura di L. Sacconi, *Guida critica alla responsabilità sociale e al governo d'imrpesa. Problemi, teorie e applicazioni della CSR*, Bancaria editrice, 2005. ↑
37. Cons. St., Sezione III, 14 ottobre 2022, n. 8773. ↑
38. In Italia, da Report annuale ANAC 2024 (p. 138), l'impulso del PNRR avrebbe portato a una spesa complessiva di circa 283 mld in contratti pubblici nel 2023. ↑
39. Per quanto qui d'interesse, tra cui si rileva la ormai pacifica e classica distinzione tra atti e provvedimenti, comportamenti e accordi pubblici. V. Lopilato, *Manuale di diritto amministrativo*, Vol. I, Giappichelli, Torino, pp. 8-9. Oltre al profilo della discrezionalità, ad ogni modo, il rapporto tra principio di legalità e attività amministrativa si atteggia diversamente, e in maniera più complessa, anche in relazione al grado di autonomia di cui dispone la pubblica amministrazione, come nel caso dell'autonomia normativa. Sul punto, in tema di autonomia territoriale, D. Simeoli, *Appunti sul principio di legalità amministrativa*, in *Questione giustizia*, 2017, 1, pp. 1 e ss.; A. Morelli, *Le relazioni istituzionali*, in *Rivista AIC*, 2019, 3, pp. 114-159. ↑
40. Sul punto, V. Cerulli Irelli, *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Giappichelli, Torino, 2019, con particolare riferimento alle pp. 119 e ss.; F. Saitta, *Strutture e strumenti privatistici dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 4, p. 560, che nota una sostanziale equiparazione tra strumenti autoritativi e strumenti privatistici e che utilizza i secondi come forme sempre meno indirette di intervento pubblico nell'economia. ↑
41. E. Guarnieri, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale*, Bologna University Press, Bologna, p. 144, ma anche D. Andracchio, *Il mercato dei contratti pubblici e la autoproduzione nella prospettiva dell'efficienza regolatoria*, in *Diritto pubblico rassegna online*, 2024, 1. ↑
42. I quadri esigenziali, i cui elementi minimi sono riportati all'art. 1, Allegato I.7, dovranno poi essere compatibili con quanto previsto dalle stazioni appaltanti con i relativi programmi e precederne la loro concreta realizzazione. ↑
43. Invero, le considerazioni ambientali rilevano tanto sotto il profilo degli acquisti, tanto sotto il profilo dell'organizzazione. Il Piano, tra le altre cose, nei suoi aggiornamenti intervenuti, prevede altresì forme di responsabilizzazione e qualificazione del personale, evitando che la trasformazione economica si giochi unicamente sul lato del puro consumo, ma anche sul piano gestionale. Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della Pubblica amministrazione, 2023, p. 23. ↑
44. A. Lupo, *La dimensione ambientale nella contrattazione pubblica: brevi riflessioni alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. quadr. amb.*, 2023, 3, pp. 88-106; A. Maltoni, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio "mandatory-rigido" ad uno di tipo "funzionale"?*, in *CERIDAP*, 2023, 2, pp. 64-98, diffusamente riconoscono elementi di continuità col passato, ma anche una scelta di considerare un approccio funzionale come inizialmente richiesto dal diritto dell'Unione Europea. Tuttavia, è evidente la formulazione piuttosto incerta dell'art. 57, d. lgs. 36/2023. ↑
45. Il previgente codice conteneva l'espresso riferimento ai contratti sottosoglia al comma terzo, che oggi invece sembra mancare nel nuovo art. 57, d. lgs. n. 36/2023. In verità, dalla collocazione all'interno della Parte II del Libro II, riguardante disposizioni comuni a tutti gli appalti, in combinato disposto con l'art. 48, statuente che «*ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si applicano, se non derogate (…), le disposizioni del codice*», si può ricavare la regola generale secondo cui i criteri ambientali minimi debbano essere applicati in tutte le procedure di gara. ↑
46. L'art. 34, co. 3, d. lgs. 50/2016, statuiva: «*l'obbligo di cui ai commi 1 e 2 si applica per gli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell'ambito del citato Piano d'azione*». Ancora, A. Maltoni, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio "mandatory-rigido" ad uno di tipo "funzionale"?*, cit., p. 67, basato sulle prestazioni. ↑
47. In questo senso, invero, T.A.R. Campania (sezione II), sentenza del 8 marzo 2021, n. 1529. ↑
48. Cons. St., 19 ottobre 2023, n. 9255. ↑
49. Sul punto, in particolare, diverse sentenze dei tribunali amministrativi regionali, tra cui T.A.R. Veneto, (sezione I), 18 marzo 2019, n. 329; T.A.R. Campania, (sezione I), 15 gennaio 2024, n. 377, quest'ultima argomentando anche sulla scorta di quanto proposto dalla sentenza del Cons. Sta, 20 marzo 2023, n. 2795, secondo cui l'assenza di un riferimento particolareggiato ai criteri ambientali minimi non impedisce, nei fatti, di presentare un'offerta rispettosa di questi, come del resto constatato nel caso concreto dall'analisi dei motivi di gravame, potendosi risolvere in un mero formalismo non in grado di garantire una maggiore tutela al privato. ↑
50. Sul punto, M. Luciani, Relazione al Convegno "*L'interpretazione nel diritto amministrativo tra legalità e discrezionalità*", Roma, Tribunale Amministrativo del Lazio, 17 novembre 2023, pp. 1-12, non evidenza delle diversità di metodologie, ma di oggetto, rispetto ai casi dell'interpretazione conforme della legge, dell'atto amministrativo generale, del negozio giuridico di diritto privato. Nel caso dell'interpretazione dell'amministrativo generale, contrariamente a quanto sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa, mancando l'elemento della volontà delle parti, non potrebbe essere interpretato secondo i canoni previsti dal Codice civile, poiché, in ogni caso, attuativo della legge, anche ove vi sia discrezionalità. Diverso il caso del contratto, che invece soggiace a soli limiti esterni. ↑
51. Di questa opinione, Consiglio di Stato, Sez. III, 11 ottobre 2024, n. 8171, che qualifica i criteri ambientali minimi come necessari per il rispetto della disciplina sovranazionale e, infine, come elementi in grado di permettere l'ingresso degli interessi delle future generazioni all'interno da parte dell'amministrazione procedente. A ciò bisogna aggiungere che i criteri ambientali minimi rappresentano comunque un costo per l'operatore economico, come stabilito con sentenza dal Consiglio di Stato, Sez. V, 27 novembre 2019, n. 8088, sebbene pronunciandosi su un quesito diverso, che è necessario essa possa preventivare. ↑
52. Consiglio di Stato, Sez. III, 5 febbraio 2024, n. 1146, secondo cui il bando di gara, quale atto amministrativo generale, è immediatamente impugnabile allorquando sia immediatamente escludente alla partecipazione o perché non in grado di consentire all'operatore economico di formulare adeguatamente un'offerta. ↑
53. Secondo una parte della dottrina, il principio del *do not significant harm* opera solo quando espressamente richiamato da una certa normativa, e tra le altre cose, non avrebbe la natura di principio. Tra tutti, A. Bartolini, *Green Deal Europeo e il c.d. principio DNSH*, in *federalismi.it*, 2024, 15, pp. 51-60, il quale lo qualifica come un criterio di selezione dei danni, anziché come un vero e proprio principio, non riconoscendovi nemmeno la forza espansiva tipica dei principi, per natura in grado di travalicare l'ambito di applicazione della loro disciplina, nonché una vera e propria carica assiologica. In realtà, per quanto concerne la capacità di espandersi, ciò non trova conferma: rispetto al Regolamento c.d. "Tassonomia", dove compare per la prima volta, nel Regolamento sul Dispositivo si nota che il rispetto del *do not significant harm* è richiesto a tutte le attività umane suscettibili di finanziamento o promozione dai Piani Nazionali di Ripresa e Resilienza, non solo di quelle strettamente economiche. Allo stesso modo, anche gli

interventi del legislatore europeo più recenti, come quelli relativi alla disciplina dei Fondi di Coesione. Sul punto, tra tutti, R. Bifulco, *Nascita di un prinicpio? La tormentata formazione del do not significant harm*, in *RGAonline*, 2024, 59, pp. 1-10. Da una panoramica più ampia, tuttavia, non può tacersi sul fatto che il *do not significant harm* non sembra anzi dissimile dal c.d. "principio di non regressione", che più volte compare nella normativa euro-unitaria (uno degli esempi può essere il Regolamento UE 2018/1999, in materia climatica), e anche negli ordinamenti interni belga e francese, che a sua volta altro non è che la riproduzione del generico dovere di *standstill* in capo a ogni Stato costituzionale e in grado, a sua volta, di orientare l'azione amministrativa. In molti casi, poi, se non tutti, le regole e le norme tecniche, che poi informano anche i criteri ambientali minimi, non sono che presunzione di bilanciamento tra tutela di specifiche istanze (salubrità, sicurezza, ambiente…) e la libertà di iniziativa economica. Il complesso della disciplina post-pandemica ne ha solo segnato una emersione ordinamentale (S. Candela, *Il principio di non regressione ambientale all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: indici di emersione e prime iniziative di riconoscimento*, in *Riv. quadr. amb.*, 2021, 2, pp. 30-71), oltre che una progressiva valutazione unitaria. ↑

54. Si pensi a T.A.R. Roma (sezione II-ter), sentenza del 04 dicembre 2024, n. 21878; T.A.R. Roma (sezione II) sentenze del 11 novembre 2024, n. 19910 e 13 novembre 2024, n. 20198; T.A.R. Puglia (sezione II), sentenza del 28 maggio 2024, n. 675. ↑
55. Già di questo era consapevole Rodotà. S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, 3-4, 83-99. Stesso discorso può farsi, tuttavia, anche per le pubbliche amministrazioni coinvolte. ↑
56. Può quindi dirsi che tra principio del risultato e principio della fiducia ci sia un innegabile legame: la creazione dell'affidamento tra le parti nasce soprattutto dalla chiarezza del disciplinare di gara, la quale è necessaria per garantire la speditezza dell'affidamento. P. Miele, *Principio del risultato, principio della fiducia e legittimità nel codice degli appalti pubblici*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 2024, 6, con particolare riferimento a pp. 13-14, parla di «*collegamento quasi esplicito*», sebbene da un punto di vista specificamente rivolto alla fiducia accordata al funzionario per la realizzazione del risultato amministrativo da parte dell'ordinamento, il quale però risulta limitante. Invero, il principio della fiducia, secondo autorevole dottrina, può anche servire come criterio interpretativo per sciogliere dubbi in casi delicati come quelli in cui si presenta un potenziale conflitto di interessi, poiché la fiducia, a sua volta, si declina anche da parte dell'amministrazione nei confronti degli operatori economici. Sul punto, in particolare, F. Saitta, *I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustiziainsieme.it*, 08 giugno 2023. ↑
57. Di tale avviso, D. Bukovec, *Alle radici storiche del "nuovo" principio del risultato nelle procedure a evidenza pubblica*, in *ambientediritto.it*, 2024, 2, in particolare p. 18, richiamando l'espressione «*legalità di risultato*» coniata da Spasiano. ↑
58. Come rammenta ancora D. Bukovec, *op. cit.*, pp. 1-21, sulla scorta di M. Calabrò, A. G. Pietrosanti, *I principi di massima partecipazione e di tassatività delle cause di esclusione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *ambientediritto.it*, 2023, 2, pp. 1-31, il criterio della *par conditio* sembra essere tenuto meno in considerazione rispetto al passato. ↑
59. A. Sandulli, *Il principio del risultato quale criterio interpretativo e applicativo*, in *Diritto pubblico*, 2024, 2 pp. 349-365. ↑
60. H. Simonetti, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *judicium.it*, 2023, pp. 1-6. ↑
61. La redazione dell'intera disposizione sembra piuttosto fortunata: leggendo i primi due commi in relazione al terzo, è possibile distinguere tra cause di esclusione generali, per natura tassative, poiché aventi valore di ordine pubblico, e «*requisiti*» [di partecipazione] «*speciali*», poiché imposte dalla stazione appaltante proporzionalmente al risultato amministrativo, coincidente con la «*realizzazione di economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese*», purché compatibile con la prestazione da acquisire con quel preciso affidamento. Le stazioni appaltanti possono, difatti, divenire tutte partecipi di obiettivi di programmazione strategica: è uno dei riflessi del c.d. "Stato stratega", nelle vesti di "Stato promotore". L'amministrazione ha, in questo caso, grande discrezionalità di scelta nel merito, ma, in ogni caso, tali requisiti non devono essere abnormi e immediatamente escludenti, non diversamente da quanto chiarito in passato con sentenza dal Consiglio di Stato, Sez. III, 2 marzo 2020, n. 1484. ↑
62. Come del resto suggerito dall'ANAC con parere precontenzioso n. 103 del 19 marzo 2025, dove è stata condivisa la pretesa di un operatore economico classificatosi secondo in graduatoria a una redazione dei criteri premianti coerenti con l'oggetto dell'affidamento e i criteri ambientali minimi richiesti chiedendo alla stazione appaltante di annullare l'aggiudicazione al primo classificato e di riformulare la graduatoria. ↑
63. Cons. St., 18 settembre 2019, n. 6212; Cons. St., 25 agosto 2021, n. 6035; Cons. St., 20 giugno 2022, n. 5074. ↑
64. Cons. St., 30 agosto 2022, n. 7558. ↑
65. Tra cui, Cons. St., 26 aprile 2022, n. 3197. ↑
66. In particolare, Cons. St., 15 febbraio 2024, n.1545, che parla anche di «*valutazione implicita*». ↑
67. La carenza di requisiti soggettivi particolari può essere facilmente superata nell'ambito degli appalti pubblici sia per le pubbliche amministrazioni, come richiesto dall'art. 62 del codice, sia per gli operatori economici, come previsto all'art. 68 del codice in parola, che possono aggregarsi in un caso, raggrupparsi o consorziarsi nell'altro, più o meno stabilmente, con soggetti che invece presentano quei requisiti richiesti dalla normativa o dal caso concreto. ↑
68. E. Favara, *Ancora sulla natura giuridica del collaudo nel contratto appalto,* AA 1972, p. 180. ↑
69. A. Cianflone, G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, I, Milano, 2012, p. 217. ↑
70. Come ricorda O. M. Pallotta, *L'ambiente come limite alla libertà di iniziativa economica*, Giuffrè, Milano, 2024, p. 18. ↑
71. A. Lupo, *La dimensione ambientale nella contrattazione pubblica: brevi riflessioni alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. quadr. amb.*, 2023, 3, con particolare riferimento pp. 94-95, dove constata che la tutela ambientale non assurge a vero e proprio principio fondamentale di settore. ↑
72. Ancora A. Andreacchio, *Il mercato dei contratti pubblici e l'autoproduzione nella prospettiva dell'efficienza regolatoria*, cit., p. 108, per cui gli effetti indiretti sul mercato e sulla capacità di influenzare le attività economiche dei privati passano pur sempre in secondo piano rispetto alla causa del contratto d'appalto: il procacciamento delle prestazioni. ↑
73. Ad opinione dello scrivente, il principio *do not significant harm* e il principio di sostenibilità sono due principi simili, ma non del tutto coincidenti: il primo sembra basato su una valutazione prettamente di corto periodo, mentre invece, il secondo, di medio, lungo o lunghissimo periodo. ↑
74. A. Falzea, *La prassi nella realtà del diritto*, in *Règle et pratique du droit: dans les réalités juridiques de la antiquité*, 1999, pp. 9-30. ↑
75. Di tale rischio avvisa E. Boscolo, *Introduzione*, in *C. Leone* (a cura di), *I contratti di fiume*, cit., p. 10-11. ↑

© 2025 CERIDAP