

L'USO STRATEGICO DEI CONTRATTI PUBBLICI E LO SVILUPPO SOSTENIBILE: LINEE EVOLUTIVE ALLA LUCE DEL PRINCIPIO DEL RISULTATO

SOMMARIO: 1. La disciplina dei contratti pubblici oltre il primato della concorrenza. Linee evolutive tra ordinamento interno e sovranazionale. – 1.1. L'uso strategico dei contratti pubblici nell'ottica dello sviluppo sostenibile tra macro e micro-mercato. – 1.2. Il micro-mercato: cenni sui principali strumenti di sostenibilità tra 'vecchio' e nuovo codice. – 2. ... e il (nuovo) principio del risultato. – 3. Considerazioni conclusive: per un approccio "olistico" al principio del risultato.

1. La disciplina dei contratti pubblici oltre il primato della concorrenza. Linee evolutive tra ordinamento interno e sovranazionale

Sin da prima dell'unità d'Italia¹, il meccanismo tipico con cui l'amministrazione ha sempre selezionato i propri contraenti è stata la gara pubblica, in quanto considerata lo strumento ideale per garantire l'imparzialità e la correttezza dell'azione amministrativa, assicurare la convenienza della stessa e, in tempi più recenti, promuovere e salvaguardare la concorrenza tra privati².

Se, nel corso del tempo, lo strumento è rimasto lo stesso ciò che è mutato più volte, all'interno della normativa, è stato il rilievo, l'assetto e l'approccio nel bilanciamento dei singoli interessi tutelati.

L'"anima originaria" della disciplina sui contratti pubblici, infatti, è stata quella della convenienza amministrativa, rispetto alla quale la concorrenza

¹ Le prime norme sulla formazione dei contratti pubblici risalgono almeno al Regno di Sardegna con la l. 23 marzo 1853, n. 1483 che all'art. 24 prevedeva: «Tutti i contratti nell'interesse dello Stato avranno luogo a pubblici incanti». Tale regola, dopo l'Unità, venne estesa a tutto il Regno d'Italia.

² Sugli interessi astrattamente tutelabili mediante il ricorso alle procedure di gare v. M. Cafagno, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001, 120. Secondo l'A., sulla base di una «pacifica tripartizione», sarebbero: convenienza ed efficienza contrattuale, imparzialità dell'azione amministrativa, sviluppo della concorrenza.

tra privati è stata considerata, per lungo tempo, un interesse recessivo, tutelata solo ove idonea a garantire una corretta gestione del denaro pubblico³. La normativa nazionale sulla contabilità dello Stato⁴, che ha costituito per diversi decenni la disciplina fondamentale del sistema dei pubblici incanti, aveva infatti quale obiettivo primario quello di garantire le condizioni economiche più favorevoli per l'amministrazione e tutelava la concorrenza tra imprese e la *par condicio* tra i concorrenti solamente di riflesso, nell'interesse esclusivo dell'amministrazione⁵. Non solo, ma l'intera normativa di contabilità era permeata dall'idea che l'amministrazione fosse la parte contrattuale più debole e che dovesse essere tutelata, tramite una legislazione di privilegio, nell'insidiosa contrattazione con i privati appaltatori, ove l'interesse alla convenienza amministrativa doveva detenere una posizione di centralità.

³ Cfr. S. Simone e L. Zanetti, *Appalti pubblici e concorrenza*, in, *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di L. Fiorentino, Bologna, 2007, 119 ss.

⁴ Si fa riferimento al r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 e al regolamento attuativo approvato con r.d. 23 maggio 1924, n. 824 (regolamento di contabilità). Prima ancora di tale plesso normativo, uno dei primi e più rilevanti passi nella storia normativa della disciplina dei contratti pubblici, è stato l'allegato F.l. 20 marzo 1865, n. 2248. Tale sistema di regole era funzionale ad assicurare lo sviluppo infrastrutturale di cui necessitava il neocostituito Stato unitario, perseguendo gli interessi pubblici coinvolti, tra cui ricopriva un ruolo di primo piano quello del contenimento e della razionalizzazione della spesa pubblica (A. Farì, *L'uso strategico dei contratti pubblici*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di M. Cafagno e F. Mangano, Firenze, Firenze University Press, 2016, 441 ss.). Per tale ragione, infatti, la fase iniziale della disciplina dei contratti per le opere pubbliche fu strettamente connessa a quella sulla contabilità generale dello Stato, sul presupposto che i contratti, per la connessa erogazione di spesa (o di acquisizione di una entrata), incidevano sulla consistenza del patrimonio pubblico e quindi trovavano la loro disciplina «in quel settore dell'ordinamento positivo che delinea il regime giuridico della gestione finanziaria e patrimoniale pubblica». Così A. Barettoni Arleri, *Linee evolutive della contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, Milano, Giuffrè, 1980, 177.

⁵ In tal senso M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Atti del LXI Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione, La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Varenna 17-19 settembre 2015, Milano, Giuffrè, 2016, consultabile anche in *astrid-online.it*, 19, 2015. Sull'argomento Santi Romano nel 1901 scrisse che il procedimento previsto per le gare per pubblico incanto o per licitazione privata, prevedeva l'adempimento di formalità in genere «stabilite nell'interesse dell'amministrazione e il cui difetto, quindi, non può essere opposto dal privato» (S. Romano, *Diritto amministrativo*, Milano, Società editrice librai, 1901, 533). In altre parole, nella legge di contabilità, l'offerta migliore era quella considerata più conveniente per l'amministrazione in una logica meramente contabilistica in quanto l'interesse pubblico coincideva con l'interesse finanziario dell'amministrazione che era tenuta a scegliere secondo il criterio del prezzo più basso. Cfr. A. Fonzi, *Il principio di concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, Torino, Giapichelli, 2019, 21 ss.

Di conseguenza, l'evidenza pubblica era considerata uno strumento teso a evitare il verificarsi di pratiche corruttive e spreco di denaro pubblico piuttosto che a garantire la concorrenza tra gli operatori privati⁶: interessi come la *par condicio* tra gli operatori e la massimizzazione della loro partecipazione erano presi in considerazione solo ove posti a favore dell'amministrazione⁷, nei confronti della quale sussisteva comunque una forte diffidenza. Da ciò la volontà di incardinare il potere discrezionale della p.a. all'interno di uno schema regolatorio di tipo «*command and control*», fondato sulla imposizione di minuziose regole di condotta tese a circoscrivere quanto più possibile il margine di scelta dell'amministrazione⁸.

Quest'ottica ha permeato la normativa nazionale per lungo tempo, sino all'avvento del diritto comunitario che ha visto nella disciplina dei contratti pubblici uno strumento di primaria importanza nel raggiungimento degli obiettivi della Comunità europea, primo fra tutti la creazione e il consolidamento del mercato unico⁹.

In altre parole, il ruolo secondario della concorrenza all'interno del mercato dei contratti pubblici è stato intaccato dal diritto comunitario e dall'obiettivo di costruire un mercato unico¹⁰, aperto e in grado di garantire le libertà economiche fondamentali e in cui, nel corso del tempo, è emersa anche l'importanza nevralgica degli appalti pubblici nel raggiungimento

⁶ S. Fantini e H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, II ed., Milano, Giuffrè, 2019, 7.

⁷ Si pensi, ad esempio, all'art. 37 che, al secondo comma, prevedeva la possibilità di suddividere l'appalto in più lotti solo ove ciò potesse risultare «più vantaggioso per l'amministrazione». Sull'evoluzione dell'istituto della suddivisione in lotti sia consentito il rinvio a A. Coiante, *L'accesso delle PMI al mercato dei contratti pubblici tra la concorrenza per il mercato e la discrezionalità amministrativa: lo strumento della suddivisione in lotti quale "chiave di volta" che non risolve*, in *Dir. e soc.*, 4, 2021, 795 ss. e la bibliografia ivi contenuta.

⁸ S. Fantini e H. Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, cit., 124.

⁹ A. Farì, *L'uso strategico dei contratti pubblici*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, cit., 444.

¹⁰ Come noto, sin dal Trattato di Roma del 1957, tra i principi cardine della Costituzione economica europea vi è quello di garantire – in un mercato interno «caratterizzato dall'eliminazione tra gli Stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali» (art. 3, c. 1, lett. c) Trattato Ce) – «un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza» (art. 4, c. 2, Trattato Ce). Sul concetto di Costituzione economica europea si veda, *ex multis* S. Cassese, *La Costituzione economica europea*, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, n. 6, 907; Aa.Vv., *La nuova costituzione economica*, a cura di S. Cassese, V ed., Laterza, Bari, 2012. L'Autore, a seguito del fenomeno di integrazione europea, ha ritenuto opportuno parlare di una «nuova costituzione economica» rispetto a quella delineatasi fino a quel momento nell'ordinamento italiano dagli artt. 41, 42 e 43, Cost. Sui legami tra Costituzione e tutela della concorrenza sia consentito il rinvio a A. Coiante, «*Le potenzialità concorrenziali nascoste*» dell'art. 41 Cost., in *federalismi.it*, 2020, n. 4.

dello stesso¹¹. Da qui la necessità di armonizzare, attraverso lo strumento delle direttive¹², le legislazioni degli Stati membri, così da aprire la concorrenza,

¹¹ Nonostante, inizialmente, nel Trattato istitutivo della Cee non vi fosse alcun riferimento agli appalti pubblici nazionali (fu inserito solo con l'Atto unico europeo del 17 febbraio 1986 all'art. 130F) la Comunità europea prima e l'Unione europea poi, hanno compreso l'importanza nevralgica degli stessi nel raggiungimento del mercato interno (si v. COM (85) 310, *Libro bianco sul completamento del mercato interno*, 14 giugno 1985, parr. 81 ss.). Venne intuito che, per realizzare una piena integrazione economica, occorreva eliminare non solo le barriere tariffarie ma anche quelle non tariffarie alla libera circolazione dei fattori produttivi e tra queste ultime gli appalti pubblici occupavano una posizione di primaria importanza. Cfr. S. Simone e L. Zanetti, *Appalti pubblici e concorrenza*, in, *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di L. Fiorentino, Bologna, Il Mulino, 2007, 119 ss. Concetti come competizione e concorrenza sono sempre stati presenti nella disciplina relativa alla formazione dei contratti pubblici già nelle leggi di fine Ottocento dei principali paesi europei. Tuttavia, ciò che è mutato nel tempo è il significato di "messa in concorrenza", totalmente diverso rispetto a quello che sarebbe stato poi posto a fondamento delle norme comunitarie poi recepite dagli Stati membri. Così M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, n. 2, 296 ss.

¹² Il primo passo in tal senso furono, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, le direttive cc.dd. di prima generazione tese a creare i presupposti per un mercato interno degli appalti pubblici attraverso l'eliminazione, in primo luogo, delle discriminazioni basate sulla nazionalità degli operatori economici. Si fa riferimento in particolare alla dir. 71/304/Cee, tesa a sopprimere le restrizioni alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici; alla dir. 71/305/Cee che disciplinava il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (di importo superiore al miliardo di lire) e alla dir. 71/306/Cee di modifica della precedente; alla dir. 72/277/Cee relativa alle modalità e alle condizioni di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee dei bandi di gara per appalti e concessioni di lavori pubblici. Sul tema si v. per tutti, G. Greco, *Directive CEE e appalti di lavori pubblici*, in *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano*, Milano, Giuffrè, 1990; M.A. Sandulli, *L'oggetto*, in *Trattato sui Contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, I, Milano, Giuffrè, 2008, 5 ss.; F. Cortese, *Diritto europolitico dei contratti pubblici*, in, *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli e R. De Nictolis, I, Milano, Giuffrè, 2019, 99 ss. Tali direttive, anche per il loro orientamento a carattere essenzialmente "negativo" e di armonizzazione minima, furono per molto tempo (quasi) ignorate dagli Stati membri. Fu solo dalle direttive degli anni Ottanta e Novanta, cc.dd. di seconda generazione, che si iniziò ad introdurre un quadro normativo man mano più omogeneo e dettagliato (sempre con l'obiettivo di ridurre le differenziazioni legislative esistenti tra gli Stati membri). In particolare, si richiama la dir. 89/400/Cee che modifica la dir. 71/305/Cee in materia di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici; la dir. 93/36/Cee per il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture; la dir. 93/37/Cee per il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori. Nell'ottica di garantire l'applicazione effettiva della disciplina sostanziale il legislatore comunitario adotta anche le prime direttive ricorsi (89/665/Cee e 92/13/Cee). Rispetto al passato, maggiore organicità della disciplina veniva garantita anche a livello nazionale dalla c.d. legge Merloni o legge quadro sui lavori pubblici

garantendo alle imprese europee la partecipazione alle commesse pubbliche indipendentemente dallo Stato di originaria appartenenza e in condizioni di parità con le imprese locali¹³.

Non potendo in questa sede ripercorrere approfonditamente *l'exkursus* della normativa comunitaria e nazionale in materia di contratti pubblici¹⁴, basti ricordare che, per quel che qui ci occupa, il vero cambiamento di rotta si è avuto solo con le dir. 2004/18/Ce e 2004/17/Ce cc.dd. di terza generazione¹⁵, tese a rendere il mercato degli appalti pubblici più aperto e com-

(l. 11 febbraio 1994, n. 109) strumento con cui il legislatore aveva cercato di reagire ai fenomeni corruttivi emersi a seguito del fenomeno c.d. Tangentopoli, dettando una disciplina peculiare delle procedure di affidamento dei contratti di lavoro, sia sopra che sotto la soglia comunitaria anche in termini di maggior rigore rispetto alla disciplina comunitaria. Sulla legge Merloni, sui suoi caratteri essenziali e sulle sue diverse modifiche si v. per tutti, M.A. Sandulli e A. Cancrini, *I contratti pubblici*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, a cura di F. Merloni e L. Vandelli Passigli, Astrid, 2010, 437 ss.

¹³ Iniziava a maturare la consapevolezza dei c.d. costi della “non-Europa” (dal nome del rapporto della Commissione «Il costo della non Europa nel settore degli appalti pubblici» del 1988, noto come «Rapporto Cecchini» dal nome del Consulente della Commissione che lo ha curato, si v. P. Cecchini, *La sfida del 1992. Una grande scommessa per l'Europa*, Milano, Sperling & Kupfer, 1992), delle inefficienze derivanti dalla mancata attuazione e realizzazione degli obietti che erano stati posti dalle direttive (sul punto si v. il libro verde del 27 novembre 1996 «Gli appalti pubblici nell'unione. Spunti di riflessione per il futuro») e della conseguente necessità di garantire, invece, attraverso una politica comunitaria di carattere “positivo”, la realizzazione effettiva di un mercato senza discriminazioni all'accesso e realmente aperto alla concorrenza tra le imprese dei vari Stati membri. Si v. A. Massera, *Lo stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa University Press, Pisa, 2012, 45.

¹⁴ Per un breve riepilogo delle prime direttive in materia e del loro recepimento interno si rinvia alla nota n. 12.

¹⁵ Direttiva 2004/18/Ce, relativa al «Coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi» e 2004/17/Ce relativa al «Coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali». Per un approfondito esame si rinvia a R. Garofoli e M.A. Sandulli, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, Giuffrè, 2005. Tali direttive sono state il frutto di un lungo processo di revisione avviato dalla Commissione nel 1998 (la quale riconobbe l'insufficienza delle misure normative sino a quel momento adottate e della necessità di indispensabili adeguamenti per raggiungere le finalità di apertura concorrenziale che si era posta). Il primo obiettivo che il legislatore comunitario ha inteso raggiungere con tali direttive è stato, anzitutto, quello di accorpare in un unico testo la disciplina relativa ai contratti pubblici di lavori, servizi, forniture sia nei settori ordinari che nei settori speciali e di fornire una disciplina per lo più uniforme della materia, andando a consolidare nella stessa anche tutti gli orientamenti della Corte di Giustizia che avevano consentito, sino a quel momento, il progredire della disciplina previgente. Su tale pacchetto di direttive si vedano, senza pretesa di esaustività: AA.

petitivo¹⁶, e con il loro recepimento avvenuto con il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163¹⁷. A tale codice è stato riconosciuto principalmente il merito di aver realizzato a livello interno – come sottolineato anche dalla Corte costituzionale¹⁸ – il definitivo superamento della originaria “concezione contabili-

Vv., *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, a cura di R. Garofoli, M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2005; M. Protto, *Il nuovo diritto europeo degli appalti*, in *Urb. e app.*, 2004, n. 7, 755 ss.; G. Marchianò, *Prime osservazioni in merito alle direttive di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Direttive n. 17 e n. 18/2004, 31 marzo 2004*, in *Riv. trim. app.*, 2004, 854 ss.; R. Roniger, F. Neumayr, H. Hemmelrath, *Public procurement 004/2005: The legal framework and practice keeps developing*, in *Global Competition Review, The European Antitrust Review 2006, Special Report*, 57 ss.

¹⁶ Il bilanciamento centrale all'interno di tali direttive vedeva, da un lato, l'urgenza di garantire maggiore flessibilità alle stazioni appaltanti; dall'altro, la doverosa necessità di conformare l'esercizio di tale “libertà” nel rispetto dei principi del Trattato tra cui, in primo luogo, quello della tutela della concorrenza. Ruolo di primaria importanza, infatti, venne dato proprio ai principi fondamentali della materia inseriti nel considerando n. 2, dir. 2004/18/Ce ove veniva specificato che «l'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico, è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai quelli della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi» ma anche ai principi che dalle stesse libertà derivano ossia quelli di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza. La dir. 2004/17/Ce segna poi anche il passaggio da una regolazione di tipo «*command and control*» ad una regolazione cooperativa tesa a valorizzare il potere di scelta dell'amministrazione. Cfr. S. Simone e L. Zanetti, *Appalti pubblici e concorrenza*, in, *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 131.

¹⁷ Il c.d. codice “De Lise”, dal nome del Presidente della Commissione tecnica che ne ha curato la redazione. L'art. 25, l. 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria del 2004) delegava il governo al recepimento delle dir. 2004/17/Ce e 2004/18/Ce, al fine di proseguire il disegno di unificazione della materia tracciato dal legislatore europeo, prevedendo la raccolta in un unico testo normativo dell'intera disciplina degli appalti pubblici, sia nei settori ordinari che in quelli speciali. Il Codice fu poi sottoposto a due decreti correttivi i dd.lgs. nn. 6 e 113 del 2007. Sui nuovi “codici” di settore introdotti in quello stesso periodo e sulla distinzione con i testi unici si v. Aa.Vv., *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2005. In merito alle peculiarità di tale delega e alle sue finalità si v. P. De Lise, *Introduzione*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2008. Sul Codice del 2006 si vedano anche, *ex multis*: G. Morbidelli e M. Zoppolato, *Appalti pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. Chiti e G. Greco, Milano, Giuffrè, 2007; R. De Nictolis, *Il nuovo codice degli appalti pubblici*, Roma, EPC libri, 2007.

¹⁸ Corte cost., n. 401/2007 (par. 6.6) in *Riv. giur. edil.*, 2008, n. 1, 101, con note di F. Ghera e R. de Nictolis. Il Codice ha comportato, infatti, una significativa evoluzione rispetto al passato in quanto il vincolo derivante dalle direttive europee, combinato con la necessità di osservare gli orientamenti della Corte di giustizia, ha imposto al legislatore delegato di discostarsi dalla strada seguita dalla l. n. 109/1994, «così da prefigurare un modello di ammi-

stica”, recependo l’obiettivo di perseguire la tutela della concorrenza quale strumento necessario per il consolidamento del mercato unico.

Con le direttive del 2004 e, ancor di più, con il loro recepimento da parte dei singoli Stati membri, si era quindi concretizzata l’esigenza di rendere il mercato degli appalti pubblici più aperto e competitivo, sia per mezzo dell’accoglimento di strumenti in grado di garantire maggiore flessibilità e libertà di scelta delle amministrazioni aggiudicatrici, sia volendo garantire il rispetto effettivo dei principi di parità, trasparenza, non discriminazione e concorrenza.

Tuttavia, a livello nazionale, il codice del 2006, nonostante il pregio di aver accorpato in un unico testo una normativa particolarmente frammentata e di aver recepito principi di vitale importanza per la crescita del mercato dei contratti pubblici, non ha fatto conseguire tutti i risultati sperati. Se, da un lato, infatti la normativa europea aveva come principale obiettivo quello di garantire maggiore apertura ed efficienza al mercato degli appalti pubblici (anche) concedendo maggiore discrezionalità alle singole stazioni appaltanti, gli stessi obiettivi, pur se formalmente considerati di primaria importanza anche dal legislatore interno, non sono stati pienamente raggiunti con tale codice.

L’approccio del legislatore europeo, meno formalistico e a favore di modelli più flessibili, si è scontrato, infatti, con l’impianto tradizionale dell’ordinamento italiano caratterizzato, principalmente, da un fitto reticolo di regole rigide improntate ancora sullo schema del «*command and control*»¹⁹.

nistrazione in grado di attuare una propria “politica” degli appalti e di motivare le scelte dei metodi di gara o dei criteri di aggiudicazione in relazione alle diverse peculiarità delle situazioni di fatto» e di rivolgersi al mercato con una maggiore elasticità, sempre nel pieno rispetto dei principi di parità di trattamento, di trasparenza, di non discriminazione, di economicità, di concorrenza. Così P. De Lise, *Introduzione*, in *Trattato sui contratti pubblici*, cit.

¹⁹ In altre parole, l’approccio del legislatore europeo, fondato soprattutto sull’esigenza di aprire il mercato degli appalti pubblici alla concorrenza, si è dovuto confrontare con l’impianto tradizionale dell’ordinamento italiano, improntato sull’esigenza di prevenire sia il rischio di una gestione non trasparente e non corretta delle procedure da parte delle stazioni appaltanti, sia anche i tentativi delle imprese di condizionare l’andamento e l’esito delle procedure di gara. Così M. Clarich, *Introduzione*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, II ed., Torino, Giappichelli, 2019, 33 ss. Tale prospettiva risulta fondata su una chiara sfiducia nell’integrità morale delle stazioni appaltanti e delle imprese e vede nella conformità del comportamento del soggetto pubblico alle stringenti norme procedurali, una modalità di garanzia del migliore impiego delle risorse, della diligenza, lealtà e correttezza dell’agire dei pubblici funzionari incaricati di operare con lo strumento negoziale di diritto privato. Così A. Massera, *Lo stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le P.P.A.A., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, cit., 43.

Tale impianto, storicamente fondato sull'esigenza di garantire tutela dallo "spettro" della corruzione, (in particolar modo dopo Tangentopoli) è stato così da ostacolo alla realizzazione della flessibilità richiesta dalle direttive europee²⁰.

Il codice del 2006, tuttavia, è stato identificato come un primo tentativo²¹ di far coesistere questi due approcci: il primo, tipico della disciplina europea, incentrato sull'esigenza di aprire il mercato dei contratti pubblici alla concorrenza; il secondo, tradizionalmente legato alla disciplina italiana, connotato dalla visione contabilistica e dallo schema regolatorio del «*command and control*»²².

L'ultimo intervento di sistema, da parte dell'Ue, in materia di contratti pubblici è stato quello del pacchetto direttive del 2014²³ (cc.dd. di ultima

²⁰ Parte della dottrina ha rintracciato il fondamento di tale atteggiamento di diffidenza nei confronti della discrezionalità nella tendenza ad associare la discrezionalità al potere e ciò avrebbe radicato nella nostra cultura giuridica «un diffuso atteggiamento di diffidenza per i possibili pericoli di abuso e di ingiustizia delle autorità pubbliche» e avrebbe condotto «alla sperimentazione di rimedi, concepiti più che in chiave negativa di vincolo, limite o freno, che non in termini positivi di sviluppo, affinamento, e responsabilizzazione delle capacità decisorie». Così G.D. Comporti, *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, in *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, a cura di G.D. Comporti, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, 2 ss.

²¹ Parte della dottrina fa riferimento al Codice del 2006 come ad una «falsa partenza» dal momento che, dalla sua entrata in vigore, vi sono state molteplici modifiche e decreti correttivi. Così M. Clarich, *Codice dei contratti pubblici: ancora correttivi e modifiche*, in *Corr. Giur.*, 2006, n. 11, 1485 ss. Anzitutto, infatti, con l'approvazione della l. 12 luglio 2006, n. 228, di conversione con modificazioni del d.l. 12 maggio 2006, n. 173 (c.d. milleproroghe), vi fu la sospensione, sino al 1° febbraio 2007, di diversi istituti tesi ad aumentare la flessibilità del sistema e per questo guardati con sospetto (a titolo esemplificativo si ricordano gli istituti del dialogo competitivo e degli accordi quadro). Successivamente, vi fu un primo decreto correttivo (d.lgs. 26 gennaio 2007, n. 6), seguito da un secondo (d.lgs. 31 luglio 2007, n. 117) e da un terzo correttivo (d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152). Si v. G. Fidone, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Commentario al Codice dei Contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, II ed., Torino, Giappichelli, 2019, 19 ss.

²² Cfr. S. Simone e L. Zanetti, *Appalti pubblici e concorrenza*, in, *Lo Stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 119 ss.

²³ Si fa riferimento in particolare alle direttive 2014/23 sulle concessioni; 2014/24 sugli appalti pubblici e 2014/25 sulle procedure di appalto nei settori speciali. Sull'argomento v. ex multis: Aa.Vv., *EU Public contract law. Public Procurement and Beyond*, a cura di M. Trybus, R. Caranta, G. Edelstam, Bruxelles, Bruylant, 2014; Aa.Vv., *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni, elementi di criticità e opportunità*, a cura di C. Franchini, F. Sciaudone, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015; M.P. Chiti, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2016, n. 4, 436 ss.; F. Martines, *Le direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, in *federalismi.it*, 2015, n. 11; L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, testo della relazione per il 61 Convegno di Studi Amministrativi su

generazione). Tale intervento riformatore²⁴ – in linea con la strategia “Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva”²⁵ – ha visto tra i principali obiettivi da raggiungere nel settore dei contratti pubblici, sia quello di ammodernare la disciplina degli appalti pubblici e sia quello di accrescere l'efficienza della spesa pubblica, «facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale»²⁶.

In realtà, già prima della riforma del 2014, la Commissione aveva reso chiaro il proprio intento di ampliare il ventaglio di interessi tutelati attraverso le direttive sui contratti pubblici. In particolare, nel Libro Verde di preparazione alle stesse, si leggeva, tra l'altro, che «un altro obiettivo complementare è far sì che i committenti facciano un miglior uso degli appalti pubblici a sostegno di obiettivi sociali comuni: fra questi la tutela dell'ambiente, una maggiore efficienza energetica e sotto il profilo delle risorse, la lotta contro i cambiamenti climatici, la promozione dell'innovazione e dell'inclusione sociale [...]»²⁷.

Su tali basi, le direttive si sono mosse quindi su due “binari paralleli”: infatti, da un lato, proponevano l'obiettivo di accrescere l'efficienza della

“La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione”, Varenna 17-19 settembre 2015, in www.giustizia-amministrativa.it. e anche in *Dir. amm.*, 2015, n. 2-3, 291 ss.

²⁴ L'intervento di riforma iniziò ad essere elaborato già nell'atto per il mercato unico del 2010 (COM (2010) 608 «Verso un atto per il mercato unico. Per un'economia sociale di mercato altamente competitiva») ove la Commissione manifestò l'intenzione di avviare «ampie consultazioni» per presentare entro il 2012 proposte legislative tese ad aggiornare e semplificare la normativa europea sugli appalti pubblici e permettere un uso più efficiente degli stessi, anche a sostegno di altre politiche.

²⁵ COM (2010) 2020. In particolare, gli obiettivi della strategia in materia di appalti pubblici riguardavano: i) il miglioramento del contesto generale per l'innovazione nelle imprese, utilizzando politiche incentrate sulla domanda; ii) favorire la transizione verso un'economia efficiente sotto il profilo delle risorse (ad es. attraverso la promozione dei c.d. appalti verdi); iii) migliorare il clima imprenditoriale, specialmente per le PMI.

²⁶ Così il Considerando n. 2, dir. 2014/24.

²⁷ COM (2011) 15 «Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici» del 27.1. 2011. Più nello specifico, all'interno del Libro verde veniva osservato che vi fossero due metodi possibili per utilizzare gli appalti pubblici al fine di realizzare obiettivi strategici, riguardanti il “come acquistare” e il “cosa acquistare”. Il primo metodo consiste nel «fornire alle amministrazioni aggiudicatrici gli strumenti necessari per tener conto di tali obiettivi in conformità delle norme procedurali in materia di appalti pubblici»; il secondo è quello di «imporre requisiti obbligatori alle amministrazioni aggiudicatrici o prevedere incentivi capaci di orientare le loro decisioni in merito al tipo di beni e servizi da appaltare».

contrattazione pubblica, attraverso un'opera di massima semplificazione della disciplina, anche grazie all'utilizzo di procedure di aggiudicazione più moderne e flessibili (con la conseguenza di assicurare maggiore discrezionalità alle amministrazioni); dall'altro, ponevano in risalto il c.d. uso strategico dei contratti pubblici, ossia l'utilizzo di quest'ultimi come leva per il perseguimento di obiettivi non unicamente economici ritenuti dal legislatore sensibili e meritevoli di tutela²⁸.

In altre parole, accanto e in aggiunta al primario e tradizionale obiettivo di garantire un'effettiva concorrenza tra le imprese, veniva posta in risalto anche la finalità di orientare efficientemente la spesa pubblica attraverso la tutela di interessi diversi quali, ad esempio, la tutela dell'ambiente, del lavoro, delle piccole e medie imprese (di seguito anche solo PMI), della salute, nell'ottica dello sviluppo sostenibile²⁹.

Con tali direttive, quindi, si afferma (in maniera più ampia rispetto alle

²⁸ Si vedano, ad esempio, i considerando 37, 40, 41, 47, dir. 2014/24 secondo cui, rispettivamente: i) gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici, al fine di integrare i requisiti in materia ambientale, sociale e di lavoro nelle procedure di appalto pubblico, devono adottare misure pertinenti per garantire il rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro; ii) la verifica sull'osservanza di tali disposizioni deve essere svolta «nelle fasi pertinenti della procedura di appalto, nell'applicare i principi generali che disciplinano la selezione dei partecipanti e l'aggiudicazione dei contratti, nell'applicare i criteri di esclusione e nell'applicare le disposizioni riguardanti le offerte anormalmente basse [...]»; iii) nessuna disposizione della direttiva dovrebbe vietare di imporre o di applicare misure necessarie alla tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblici, della salute, della vita umana e animale o alla preservazione dei vegetali o altre misure ambientali in particolare nell'ottica dello sviluppo sostenibile, a condizione che dette misure siano conformi al TFUE; iv) il Considerando 47 prevede, tra l'altro che «le autorità pubbliche dovrebbero utilizzare gli appalti pubblici strategicamente nel miglior modo possibile per stimolare l'innovazione» dal momento che «l'acquisto di prodotti, lavori e servizi innovativi svolge un ruolo fondamentale per migliorare l'efficienza e la qualità dei servizi pubblici e nello stesso tempo affrontare le principali sfide a valenza sociale».

²⁹ Si vedano, ad esempio, i considerando 2 e 91, dir. 2014/24/Ue. In particolare, il considerando 2 richiama espressamente la strategia Europa 2020 e il considerando 91 che prevede che «l'articolo 11 TFUE impone che le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente siano integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile. La presente direttiva chiarisce in che modo le amministrazioni aggiudicatrici possono contribuire alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile, garantendo loro la possibilità di ottenere per i loro appalti il migliore rapporto qualità/prezzo». Ma anche il considerando 4, dir. 2014/25/Ue che, riprendendo il considerando 2, dir. 2014/24/Ue evidenzia, tra l'altro, che gli appalti pubblici «costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente dei finanziamenti pubblici [...]». Così anche il considerando 3, dir. 2014/23/Ue.

direttive del 2004) il fondamentale ruolo della contrattazione pubblica per la crescita sostenibile dell'Ue. Può dirsi, infatti, che la grande differenza tra la disciplina europea del 2004 e quella del 2014 sta, anzitutto, nell'aggiunta, o anche solo nella più ampia considerazione, di ulteriori interessi meritevoli di tutela, da accostare a quelli della tutela della concorrenza e dell'apertura del mercato³⁰. Se infatti tali ultimi interessi hanno tradizionalmente permeato tutta la disciplina dei contratti pubblici, con il pacchetto di direttive del 2014 può dirsi che l'interesse dell'Ue sia andato oltre la concorrenza³¹. In altre parole, la garanzia di un'effettiva concorrenza all'interno di tale mercato è rimasta comunque la *ratio* ispiratrice dell'intera disciplina europea – data la convinzione che sia proprio la concorrenza il primo e più rilevante strumento per assicurare l'efficienza del processo di acquisizione di lavori, servizi e forniture da parte delle amministrazioni pubbliche³² – tuttavia, il vero cambiamento da ricondurre a tale ultimo pacchetto di direttive, sta proprio nella considerazione (se non del tutto nuova quantomeno migliore e più effettiva) di ulteriori interessi e valori, non direttamente riconducibili alla tutela del mercato³³.

Come è stato evidenziato dalla dottrina³⁴, tale cambiamento può es-

³⁰ Da un punto di vista meramente formale, è stato da subito *ictu oculi* evidente la maggiore complessità della “nuova” disciplina, trattandosi di un corpo normativo di ben duecentocinquantanove articoli (di cui duecentoquattro per gli appalti e cinquantacinque per le concessioni), laddove, invece, le direttive del 2004 constavano di centocinquantanove articoli in tutto. Dal punto di vista del contenuto, la precedente disciplina viene toccata in maniera particolarmente incisiva, senza tuttavia stravolgerne la struttura di fondo (ad esempio della dir. 2004/18/Ce sono risultati come modificati circa il settanta per cento dei paragrafi). In tal senso v. A. Manzione, *Codificazione dei contratti pubblici*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli e R. De Nictolis, vol. I, Milano, 2019, 171 ss.

³¹ Per una puntuale analisi di tale mutamento si v. E. Caruso, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, Jovene, Napoli, 2021.

³² Cfr. L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi su «La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione», Varenna 17-19 settembre 2015, in www.giustizia-amministrativa.it e anche in *Dir. amm.*, 2015, n. 2-3 291 ss.

³³ Cfr. M.P. Chiti, *Principi*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli e R. De Nictolis, I, Milano, Giuffrè, 2019, 285 ss., spec. 296, secondo cui, a seguito di tale riforma, l'apertura alla concorrenza «rimane uno dei principi della disciplina, ma non il primario (se non addirittura esclusivo) come in precedenza», a cui si sono tuttavia affiancati «senza alcuna soggezione gerarchica», obiettivi ulteriori non riconducibili alla tutela del mercato e degli operatori economici.

³⁴ Così G. Fidone, *Uso strategico dei contratti pubblici e sviluppo sostenibile*, in *Il Governo dello sviluppo sostenibile*, a cura di B.G. Mattarella, Torino, Giappichelli, 2023, 249.

sere ricondotto alla progressiva evoluzione della Comunità europea, nata come comunità economica, attenta non solo a problematiche economiche ma anche a questioni politiche e sociali: la ragione economica, nel corso del tempo, avrebbe quindi abdicato la propria unicità in favore di uno sviluppo equilibrato e integrato dell'intero complesso delle politiche comunitarie.

Il recepimento di tali direttive è avvenuto, non senza complessità³⁵, con l'approvazione di un nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)³⁶. A livello prettamente contenutistico, per quanto qui di interesse e a titolo meramente esemplificativo, tra le novità principali si ricordano il recepimento delle nuove procedure flessibili (quali ad. es., il partenariato per l'innovazione³⁷); ma anche la consacrazione del *favor* per il criterio dell'offerta

³⁵ Il legislatore nazionale, conscio dei ritardi che caratterizzano l'elaborazione dei testi normativi, aveva ritenuto opportuno adempiere agli obblighi sovranazionali attraverso l'utilizzo di due deleghe, prevedendo l'adozione di: a) un primo decreto di recepimento delle direttive, da adottare entro la data del 18 aprile 2016, prevista dalle stesse per adempiere all'obbligo di recepimento, e b) un secondo decreto, finalizzato, invece al riordino generale della disciplina vigente, mediante l'emanazione di un nuovo codice dei contratti pubblici. Tale "sdoppiamento" della delega voleva consentire al Governo di elaborare un codice più organico e armonizzato con la disciplina di settore. Il Governo, tuttavia, ha invece deciso di avvalersi della facoltà (parimenti prevista dalla delega) di adottare un unico decreto legislativo entro il 18 aprile 2016. La conseguenza, tuttavia, è stata quella precisata dal Consiglio di Stato in sede di parere al codice (parere n. 855/2016), secondo cui «il testo del codice risente dei tempi ristretti e presenta pertanto inevitabili incoerenze sistematiche, refusi, disposizioni non ben coordinate, imprecisioni lessicali e di recepimento, essendo mancata, verosimilmente, una pausa di ponderazione e rilettura complessiva dell'articolato». Cfr. A. Longo e E. Canzonieri, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2018, 10.

³⁶ Tra le principali novità apportate dal Codice, vi è stata sicuramente la modifica circa le modalità attuative della disciplina in esso contenuta: se nella vigenza del previgente Codice (ma anche nella vigenza della legge Merloni) l'attuazione della disciplina era stata demandata ad un sistema "rigido", costituito dal richiamato regolamento unico (d.p.R. n. 207/2010), nel "nuovo" impianto normativo il regolamento è stato sostituito da un sistema più flessibile c.d. di *soft law* o *soft regulation*. Tale sistema, caratterizzato dall'utilizzo dello strumento delle linee guida emanate dall'Autorità nazionale anticorruzione ha creato, sin dalle prime applicazioni, non pochi problemi inerenti, in particolar modo, all'assenza di vincolatività di alcune di esse e al loro inserimento nella gerarchia delle fonti. Tali difficoltà applicative hanno provocato non poche criticità, prime fra tutte quelle in merito alla garanzia della certezza del diritto. Sul tema, si vedano per tutti: F. Cintiola, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Dir. proc. Amm.*, 2017, n. 2, 381 ss.; C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016. Per tali ragioni il legislatore con il d.l. n. 32/2019, il c.d. "Sblocca cantieri" (a soli tre anni dall'entrata in vigore del previgente sistema) aveva deciso di fare un passo indietro prevedendo il ritorno al sistema del c.d. regolamento unico.

³⁷ In argomento si v. per tutti F. Scaramuzza, *Partenariato per l'innovazione*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, II ed., a cura di M. Clarich, Torino, Giappichelli, 2019, 520.

economicamente più vantaggiosa e il relegamento del criterio del prezzo più basso a ipotesi marginale³⁸; o il maggior *favor* per le PMI; ma anche l'istituzione del sistema dei criteri ambientali minimi (di seguito anche solo CAM).

Anche tale codice, tuttavia, è stato definito dalla dottrina come «la combinazione di due diverse anime»³⁹ in quanto, da un lato, esso ha recepito in unico testo le tre direttive del 2014⁴⁰, ispirandosi alle linee direttrici in esse contenute (ossia la maggiore flessibilità dei modelli tesa a garantire una maggiore efficienza degli acquisti e il c.d. uso strategico degli appalti); dall'altro, il *corpus* del codice è risultato essere figlio del diritto nazionale e, in particolare, del retaggio del “vecchio” codice del 2006 e di esigenze proprie dell'ordinamento interno.

Sia le frizioni nate da questo contrasto, che i problemi legati alla stessa genesi del codice⁴¹, che la necessità di rispondere allo shock economico conseguente alla pandemia da Covid-19, hanno portato il legislatore della “semplificazione”⁴² a intervenire ripetutamente modificando (almeno una volta l'anno) la disciplina prevista dal codice. Si sono così susseguiti: il d.lgs. 19 aprile 2017,

³⁸ In argomento, per tutti si v. F. Cardarelli, *Criteri di aggiudicazione*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli e R. De Nictolis, vol. III, Milano, Giuffrè, 2019, 531 ss.

³⁹ Così G. Fidone, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Commentario al Codice dei Contratti pubblici*, cit., 45 ss. Come è stato altresì evidenziato, l'intento di semplificazione e razionalizzazione posto a fondamento dell'adozione di tale Codice si è poi dovuto confrontare anche con l'esigenza nazionale di garantire tutela nei confronti delle possibili interferenze legate a fenomeni di malcostume e criminalità che hanno non poco appesantito la disciplina degli affidamenti «in un generale clima di “fuga dalla decisione” degli apparati amministrativi, preoccupati delle possibili conseguenze penali e di responsabilità erariale derivanti dai loro atti, contraddistinti da maggior grado di discrezionalità». Così S. Veneziano, *Appalti pubblici come strumento delle politiche pubbliche: sviluppo sostenibile, tutela ambientale e tutela sociale*, in *Transizione ecologica, innovazione digitale e inclusione sociale: la realizzazione del Next Generation EU. Atti del LXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2023, 37 ss., spec. 39.

⁴⁰ Tale scelta è stata propria del legislatore italiano in quanto vi era la possibilità di recepirle anche con testi legislativi separati.

⁴¹ Il codice è infatti stato frutto di una «frettolosa» ponderazione. Il Consiglio di Stato, in sede di parere al codice (come già ricordato si v. nota n. 35), aveva infatti evidenziato che: «il testo del codice risente dei tempi ristretti e presenta pertanto inevitabili incoerenze sistematiche, refusi, disposizioni non ben coordinate, imprecisioni lessicali e di recepimento, essendo mancata, verosimilmente, una pausa di ponderazione e rilettura complessiva dell'articolo».

⁴² L'intento dei ripetuti interventi susseguitesì negli anni è sempre stato quello di semplificare e razionalizzare la disciplina dei contratti pubblici. Già a ridosso dell'adozione del codice del 2016, la dottrina togata aveva evidenziato come, anche stavolta, si potesse parlare unicamente di «semplificazione che verrà» (Così R. De Nictolis, *Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, in *federalismi.it*. 2016, n. 5.) e i numerosi interventi susseguitesì negli anni non hanno fatto altro che sottrarre organicità alla disciplina.

n. 56 (c.d. decreto correttivo⁴³); il d.l. 18 aprile 2019 n. 32 (conv. con modificazioni dalla l. 14 giugno 2019, n. 55, c.d. “Sblocca cantieri”⁴⁴); il d.l. 16 luglio n. 76 (conv. con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, c.d. decreto semplificazioni⁴⁵); il d.l. 31 maggio 2021, n. 77, conv. con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, c.d. decreto semplificazioni-governance⁴⁶).

A seguito di tali riforme, dato il peso degli interventi modificativi, gli operatori e gli interpreti non erano più in grado di guardare al codice con la ragionevole aspettativa di trovare in esso le risposte di loro interesse ma erano costretti a ricostruire l’effettivo quadro normativo «attraverso un complesso *iter* di ricomposizione del patchwork normativo»⁴⁷.

Per tale ragione e per l’esigenza di avere degli strumenti idonei per affrontare le sfide del PNRR⁴⁸, a un anno dall’ultimo significativo intervento nor-

⁴³ Per approfondimenti sulle modifiche apportate dal decreto correttivo, si richiama per tutti: Aa.Vv., *Il correttivo al Codice dei contratti pubblici. Guida alle modifiche introdotte dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56*, a cura di M. A. Sandulli, M. Lipari, F. Cardarelli, Milano, Giuffrè, 2017.

⁴⁴ Sulle modifiche apportate dallo Sblocca Cantieri si veda, per tutti R. De Nictolis, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge «sblocca cantieri»*, Bologna, Zanichelli, 2020.

⁴⁵ Per approfondimenti sulle modifiche apportate dal d.l. semplificazioni sia consentito il rinvio a A. Coiante, *Decreto semplificazioni: contratti pubblici, concorrenza e tutela*, in *Giustiziainsieme.it*, 31 luglio 2020, e alla bibliografia ivi contenuta.

⁴⁶ Per una ricognizione delle modifiche intervenute sia consentito il rinvio a A. Coiante e S. Tranquilli, *Bullet points del D.l. “semplificazioni” n. 77/2021: le principali novità in materia di contratti pubblici*, in *lamministrativista.it*, 7 giugno 2021; Id., *Semplificare per resistere. Il d.l. “Semplificazioni-Governance” n. 77/2021 e i contratti pubblici*, in *Giustiziainsieme.it*, 29 giugno 2021 e alla bibliografia ivi contenuta.

⁴⁷ Così C. Contessa, *Le novità del “Decreto semplificazioni”, ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un “Codice”?*, in *Urb. app.*, 2020, n. 6, 757 ss. Sul punto si v. anche G. Montedoro, *Contratti pubblici ed economia*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli e R. De Nictolis, I, Milano, Giuffrè, 2019, 57, ove l’A. evidenzia che (anche) nel settore dei contratti pubblici «l’idea classica di codice – quella ottocentesca legata alla creazione di una soggettività giuridica uniforme – è tramontata con la rinuncia ad una pretesa di stabilità della normazione». Similmente anche S. Fantini e H. Simonetti, *Introduzione*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine (d.leg. 31 marzo 2023 n. 36)*, a cura di S. Fantini e H. Simonetti, *Il foro italiano – Gli speciali*, 1, 2023, secondo cui il sistema normativo in materia «è stato interessato dal susseguirsi di tre codici dal 2006 al 2023, in un arco temporale davvero breve, quasi irraggiungibile per l’idea stessa di codificazione, e messo a dura prova dalla pandemia da Covid-19, che ha portato con sé “il diritto dell’emergenza” e il corollario della disciplina speciale e derogatoria, la quale ha inevitabilmente interessato anche la materia dei contratti pubblici». Secondo gli autori, inoltre, la disciplina del codice avrebbe iniziato a “corrompersi” (nel senso di rompersi in tante parti) quando «ha perso il fondamento di razionalità primigenio, rinvenibile nella diade concorrenza/trasparenza, con l’introduzione di altri criteri informativi, che vanno dalla finalità di prevenzione della corruzione alla protezione dell’ambiente: tutti profili importanti sul piano valoriale, ma che avrebbero richiesto una interna graduazione giuridica».

⁴⁸ Come noto, tra i numerosi obiettivi e le differenti tipologie di riforme contenute

mativo in materia, il Governo ha ricevuto delega (l. 21 giugno 2022, n. 78) ad adottare «uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici, anche al fine di adeguarla al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate» (art. 1)⁴⁹.

Il nuovo codice dei contratti pubblici (c.d. codice Frattini⁵⁰) è stato così adottato con il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36⁵¹, è poi entrato in vigore il 1 aprile 2023 e ha acquistato definitiva efficacia il 1 luglio 2023⁵².

nel PNRR vi era anche quello di semplificazione delle norme in materia di appalti pubblici e concessioni, considerato come un obiettivo essenziale per la ripresa post Covid-19 da realizzare in due fasi: una prima – da raggiungere nel breve periodo – tramite l’emanazione di “misure urgenti” da adottare con decreto-legge da approvare entro maggio 2021 (d.l. semplificazioni-governance, adottato il 31 maggio 2021); in secondo luogo, veniva prospettata l’introduzione di “misure a regime” da varare utilizzando lo strumento della legge delega. In merito a queste ultime, veniva precisata la necessità di presentare il disegno di legge delega entro il 31 dicembre 2021 prevedendo poi l’emanazione di decreti legislativi da adottare entro nove mesi dall’entrata in vigore della legge delega. Come è stato notato il PNRR non imponeva di per sé l’integrale riscrittura del Codice ma imponeva solo una serie di modifiche alla disciplina, si v. L. Carbone, *La genesi del nuovo Codice*, in *Codice dei contratti pubblici annotato articolo per articolo*, I, a cura di C. Contessa e P. Del Vecchio, Napoli, Editoriale scientifica, 2023, 9 ss. Per approfondimenti su PNRR e contratti pubblici si v. per tutti, E. D’Alterio, *Riforme e nodi della contrattualistica pubblica*, in *Dir. amm.*, 2022, n.3, 667 ss.

⁴⁹ Sulle caratteristiche della delega, in dottrina vi è stato chi è parlato di una delega “in bianco” in quanto contenente una «trentina di criteri delega alquanto semplici e poco innovativi rispetto alla disciplina vigente». Così B.G. Mattarella, *La delega (in bianco) per la riforma dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, n. 5, 589. Sul rapporto tra il nuovo Codice e lo status delle procedure di infrazioni insistenti sul previgente Codice si v. S. Fiorentino, *Codice dei contratti pubblici. I rapporti con il diritto dell’Unione europea*, in *Codice dei contratti pubblici annotato articolo per articolo*, Vol. I, a cura di C. Contessa, P. Del Vecchio, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, 15 ss.

⁵⁰ P. De Lise, *Dal ‘Codice de Lise’ al ‘Codice Frattini’: alcuni spunti di raffronto e riflessione*, in *Codice dei contratti pubblici annotato articolo per articolo*, cit., 3 ss.

⁵¹ Per l’adozione del codice, il governo ha inteso demandare – secondo quanto previsto dall’art.1, c. 4, l. n. 78/2022 – al Consiglio di Stato la formulazione del progetto di codice, ai sensi dell’art. 14, t.u. n. 1954/1924. Per approfondimento sull’iter dello schema di codice si v. M.A. Sandulli, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustiziainsieme.it* e in *lamministrativista.it*, 2022; L. Carbone, *La scommessa del “codice dei contratti pubblici” e il suo futuro*. Relazione introduttiva al Convegno dell’Istituto Jemolo «Il nuovo codice degli appalti – La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano?» in *Astrid-online*, 2023; Id., *La genesi del nuovo Codice*, in *Codice dei contratti pubblici annotato articolo per articolo*, cit., 9 ss.

⁵² La densa disciplina transitoria è contenuta negli artt. 225 e 226, codice. In partico-

Alla luce di tale ricostruzione, nei paragrafi che seguono, si intende analizzare il c.d. uso strategico dei contratti pubblici, con particolare riferimento allo sviluppo sostenibile, anche alla luce del nuovo codice e del principio del risultato, al fine di verificare in quale direzione si stia orientando oggi la disciplina.

1.1. L'uso strategico dei contratti pubblici nell'ottica dello sviluppo sostenibile tra macro e micro-mercato

Come detto, l'utilizzo c.d. strategico dei contratti pubblici per la tutela di interessi diversi, non strettamente legati al mercato, si è concretizzato (*recte*: ulteriormente sviluppato)⁵³ con il pacchetto di direttive c.d. di ultima generazione. Si è visto, infatti, che tale intervento di riforma del *framework* normativo sui contratti pubblici ha focalizzato la propria attenzione anche

lare, secondo tale ultima disposizione, gli appalti i cui bandi siano stati pubblicati entro il 30 giugno 2023 continueranno a rimanere soggetti al d.lgs. n. 50/2016. Come è stato evidenziato, in vista della scadenza di luglio, si è assistito «a una vera e propria corsa alla pubblicazione di bandi e avvisi, in modo da assicurare ai relativi appalti l'assoggettamento alla "nota" disciplina del d.lgs. n. 50/2016, anziché al nuovo "ignoto" Codice n. 36». Così A. Vespignani, *1° luglio 2023, lo spartiacque invisibile*, in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2023, n. 2, 7 ss. L'A. inoltre evidenzia che da questo «atteggiamento neofobico» ne discende che la convivenza dei due corpi normativi è destinata a protrarsi per parecchio tempo, tanto più che, per espressa previsione del nuovo codice, tutta una serie di disposizioni del vecchio codice del 2016 continueranno a trovare applicazione fino al 31 dicembre 2023 e alcune disposizioni del nuovo codice acquisteranno efficacia solo a decorrere dal 1° gennaio 2024. A ciò si aggiunga che, con riferimento agli interventi finanziati con risorse PNRR, PNC o dai programmi cofinanziati da fondi strutturali dell'UE, il regime applicabile non è quello del nuovo codice ma quello del d.l. n. 77/2021 (conv. l. 108/2021) e del d.l. n. 13/2023 (conv. l. 41/2023), così come chiarito dall'art. 225 del nuovo codice.

⁵³ Con riferimento, ad esempio, al piano ambientale, se alcune disposizioni della dir. 24/2014/Ue hanno riprodotto il contenuto di alcune previsioni già stabilite nelle direttive del 2004 (come, ad esempio, quelle sulle specifiche tecniche nei documenti d'appalto ex art. 42, dir. 2014/24/Ue che ha riprodotto l'art. 23, dir. 2004/18; o ancora sul criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 67 della direttiva del 2014 che ha ripreso l'art. 50 della direttiva del 2004) altre disposizioni hanno introdotto istituti di vitale importanza come quello del *life-cycle costing* (art. 68) che comprende i costi di tutte le fasi della vita di un bene, di un lavoro o di un servizio, dalla acquisizione fino allo smaltimento del prodotto, allo smantellamento del cantiere o alla conclusione di una prestazione. E ancora altra disposizione rilevante è quella dell'art. 56 secondo cui il contratto può non essere aggiudicato al miglior offerente quando l'offerta presentata non soddisfa le obbligazioni imposte dall'Ue su profili ambientali. Oppure ancora l'art. 69 che afferma che in caso di offerte anormalmente basse le richieste di precisazione possono riguardare l'adempimento di normative europee su profili ambientali.

sull'esigenza di garantire interessi c.d. orizzontali⁵⁴ o secondari⁵⁵ (rispetto all'interesse specifico del contratto, raggiungibile attraverso la garanzia di una concorrenza effettiva) come la tutela dell'ambiente, del lavoro, delle PMI, della salute, in un'ottica di sviluppo sostenibile, quest'ultimo inteso come la necessità di soddisfare i bisogni della generazione attuale senza compromettere la possibilità per le generazioni future di fare altrettanto⁵⁶.

Tale concetto implica che la crescita economica possa considerarsi tale solo se idonea a garantire, oltre a un uso razionale delle risorse, anche un miglioramento della qualità dell'ambiente, delle condizioni sociali, della salute ed è intrinsecamente legato a tutta l'azione dell'Ue dal momento che l'art. 3, par. 3 del TUE prevede che: «l'Unione si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira

⁵⁴ E. Caruso, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, Napoli, Jovene, 2021, 45. Definiti anche come funzioni accessorie, rispetto alla funzione principale del contratto pubblico (che è sempre stato quello di far sì che la p.a. si doti di un bene, di un servizio o di un'opera). Così F. De Leonardis, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, in *Trattato sui Contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli e R. De Nictolis, II, Milano, Giuffrè, 2019, 167 ss., spec. 172.

⁵⁵ Come noto, secondo la ricostruzione di M.S. Giannini, di norma ogni apparato pubblico è chiamato a perseguire uno specifico interesse pubblico (c.d. interesse primario) individuato dalla legge, e (almeno in via teorica) le scelte di ogni amministrazione dovrebbero essere tese a massimizzare il singolo interesse alla cui cura sono state designate dal legislatore. Tuttavia, un interesse pubblico non può mai essere curato isolatamente dal momento che lo stesso può entrare in contrasto con altri interessi sia pubblici che privati (cc.dd. interessi secondari). Così M.S. Giannini, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 1970, 480; Id, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè Editore, 1930.

⁵⁶ Come noto, tale definizione di sviluppo sostenibile è da ricondurre al c.d. Rapporto Brundland, 1987 a cura della Commissione Mondiale per l'Ambiente e lo Sviluppo. Sull'evoluzione del concetto di sviluppo sostenibile si v. R. Bifulco e A. D'Aloia, *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, Jovene, 2008. F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010; F. Fracchia e S. Vernile, *Lo sviluppo sostenibile oltre il diritto ambientale*, in *Le Regioni*, 2022, n. 1-2, 15 ss. L. Monti, *L'emersione dello sviluppo sostenibile al livello internazionale, europeo e nazionale*, in *Il Governo dello sviluppo sostenibile*, cit., 15 ss.; N. Giovanni Cezzi, *Lo sviluppo sostenibile nel diritto europeo*, ivi, 65 ss. Per un inquadramento nazionale si v. L. Castelli, *La mancata costituzionalizzazione del principio dello sviluppo sostenibile*, in *Il Governo dello sviluppo sostenibile*, cit., 101 ss.; A. Paiano, *Lo sviluppo sostenibile nel riparto della potestà legislativa*, ivi, 123 ss.; F. Pedace, *Gli obiettivi di sviluppo sostenibile e il ruolo delle Regioni*, ivi, 143 ss. Sul tema più specifico delle possibili implicazioni giuridiche che il c.d. principio dell'equilibrio intergenerazionale determina nel rapporto tra Stato e cittadini, si v. M. Interlandi, *Protezione sociale ed equilibrio intergenerazionale*, in *Transizione ecologica, innovazione digitale e inclusione sociale: la realizzazione del Next Generation EU*, cit., 273 ss.

alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente»⁵⁷.

All'interno di un'economia sociale di mercato⁵⁸ quale quella Ue, orientata verso lo sviluppo sostenibile, un posto di primaria importanza è senz'altro detenuto dal mercato dei contratti pubblici che rappresenta il 14% del Pil dell'Ue⁵⁹ e l'11% di quello nazionale⁶⁰, livelli destinati ad aumentare nell'ottica degli investimenti del *Next Generation EU* e dei relativi PNRR⁶¹.

Come noto, infatti, la normativa sui contratti pubblici e il ruolo esercitato dal potere pubblico in tale mercato, vanno a collocarsi nel più generale contesto dell'azione pubblica sul funzionamento dei mercati⁶²

⁵⁷ Cfr. G. Fidone, *Uso strategico dei contratti pubblici e sviluppo sostenibile*, in *Il Governo dello sviluppo sostenibile*, cit., 251 ss., spec. 252. Similmente anche il par. 5 del medesimo articolo secondo cui, nelle relazioni con il resto del mondo, l'Ue afferma e promuove i suoi valori e interessi e contribuisce alla pace, alla sicurezza e allo sviluppo sostenibile della Terra. Sul piano ambientale si consideri poi l'art. 11 TFUE, che sancisce il principio di integrazione delle politiche europee con la tutela dell'ambiente stabilendo che: «le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile». Sulle origini e l'evoluzione del concetto di sviluppo sostenibile si v. F. Fracchia e S. Vernile, *Lo sviluppo sostenibile oltre il diritto ambientale*, in *Le Regioni*, 2022, n. 1-2, 15 ss.

⁵⁸ Sulle caratteristiche della Costituzione economia europea si veda, *ex multis* S. Casse-se, *La Costituzione economica europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, n. 6, 907; Id., *La nuova costituzione economica*, V. ed., Bari, 2012. Più recentemente R. Miccù, *Le trasformazioni della costituzione economica europea: verso un nuovo paradigma?*, in *federalismi.it*, n. 5, 2019. Sul concetto di economia sociale di mercato si v. per tutti R. Dickmann, *L'articolo 3 del trattato sull'unione e la politica economica europea*, in *federalismi.it*, 2013, n. 11. Per approfondimenti su tali tematiche sia consentito il rinvio a A. Coiante, *Le "potenzialità concorrenziali nascoste" dell'art. 41 della Costituzione: dal riconoscimento della libertà di iniziativa economica privata all'affermazione del principio della libera concorrenza*, in *federalismi.it*, 2020, n. 6 e la dottrina ivi richiamata.

⁵⁹ COM (2017) 572, «Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa», ove si legge che il mercato del procurement Ue ammonta a circa duemila miliardi di euro all'anno.

⁶⁰ Commissione europea, *Public Procurement Indicators 2017*, 9 luglio 2019 (<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/38003>).

⁶¹ Sul punto si v. G. Fidone, *Uso strategico dei contratti pubblici e sviluppo sostenibile*, in *Il Governo dello sviluppo sostenibile*, cit., 253 che evidenzia che, secondo dati Unindustria (Il *Public procurement* come leva di rilancio dell'economia, settembre 2021) le risorse PNRR e gli altri fondi complementari dovrebbero comportare un aumento del Pil del 3,6%.

⁶² Cfr. M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Atti del LXI Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione, La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Varenna 17-19 settembre 2015, Milano, Giuffrè, 2016, consultabile anche in *Astrid-online.it*, 2015, n.19. Nella visione macro lo Stato, infatti, può influenzare l'andamento del mercato in diversi modi. Anzitutto, può agire in veste di produttore – di norma in condizione di monopolio – di beni (pubblici) fruibili gratuitamente dai cittadini, oppure può agire al fine di garantire ai cittadini la possibilità di usufruire di

sotto un duplice punto di vista, quello “macro” e quello “micro”⁶³.

Dal punto di vista “macro”, viene in rilievo l'intero mercato dei contratti pubblici come appunto l'incontro tra la domanda di beni e servizi proveniente dalla p.a. e l'offerta proveniente dagli operatori economici privati.

In quest'ottica, il grande potere d'acquisto della p.a. (*recte*: la domanda pubblica) se orientato verso la sostenibilità, può produrre effetti sulla struttura e sulle dinamiche competitive del mercato: se tutte le amministrazioni strutturassero la propria domanda nell'ottica della sostenibilità, ciò imporrebbe agli operatori economici di fare altrettanto dal lato dell'offerta e di competere tra di loro stimolando la ricerca delle soluzioni sostenibili migliori⁶⁴. In altre parole, una strategia di acquisto della p.a., considerata come attore che opera (principalmente) dal lato della domanda, può avere effetti virtuosi “a cascata” sulla struttura del mercato.

Per tale ragione, l'Ue ha richiesto alle pp.aa. di divenire, attraverso la propria attività di contrattazione, un traino verso gli obiettivi di sostenibilità⁶⁵.

certi servizi dietro pagamento di un corrispettivo. Siamo qui nell'ambito dei servizi pubblici, garantiti tramite imprese pubbliche oppure direttamente con strutture operative interne agli apparati pubblici. All'interno del mercato l'azione pubblica può poi essere di programmazione dell'impiego delle risorse scarse (governo del territorio); può essere tesa, inoltre, ad offrire ai privati l'utilizzo di risorse scarse di proprietà pubblica, da destinare alle attività imprenditoriali (ad esempio, attraverso le concessioni di beni pubblici); oppure può agire sia tramite strumenti di regolazione amministrativa delle attività svolte dalle imprese in determinati settori economici, sia anche con il finanziamento delle medesime imprese attraverso sovvenzioni pubbliche (nel rispetto dei parametri posti dalla disciplina UE in materia di aiuti di Stato), oppure può collocarsi sul mercato agendo mediante l'attività produttiva di imprese di proprietà pubblica. Così anche M. Libertini, *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2014, 535 ss. Infine, un ruolo di primario rilievo viene svolto dallo Stato e dai singoli enti pubblici nella loro qualità di “grandi acquirenti” e utilizzatori di beni e servizi, mediante l'utilizzo, in particolare, di contratti conclusi con gli operatori economici presenti sul mercato. Il contratto, infatti, rappresenta lo strumento principale di cui l'amministrazione si serve sia per acquisire le risorse strumentali e necessarie al suo funzionamento, sia per mettere a disposizione della collettività beni e servizi. Cfr. G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, II ed., Bologna, Il Mulino, 2014, 219.

⁶³ M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, cit. Da ultimo anche G. Fidone, *Uso strategico dei contratti pubblici e sviluppo sostenibile*, in *Il Governo dello sviluppo sostenibile*, cit., 251.

⁶⁴ Cfr. G. Fidone, *op. cit.*, 252. Similmente F. De Leonardis, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, in *Trattato sui Contratti pubblici*, cit., 167 ss., spec. 172., secondo cui il punto di partenza di un siffatto uso strategico della contrattazione pubblica trova il suo fondamento nel fatto che la p.a. viene considerata come il contraente quantitativamente più rilevante sul mercato europeo e più duraturo nel tempo, dal momento che la p.a. acquista da sempre beni, servizi e opere e sempre lo farà.

⁶⁵ Cfr. G. Fidone, *op. cit.*, 253. In dottrina si è infatti parlato dell'appalto pubblico come

Di conseguenza, nell'ottica Ue, il contratto pubblico non può essere teso solamente a far sì che la p.a. si doti di un bene, di un servizio o di un'opera ma deve divenire uno strumento utile per realizzare anche altri tipi di interessi, tesi a garantire una crescita «intelligente, sostenibile e inclusiva»⁶⁶.

Come evidenziato da parte della dottrina, tale mutamento di prospettiva, ha ampliato, di fatto, la componente pubblicistica della contrattazione pubblica dal momento che, seguendo questa ricostruzione, il contratto pubblico non risponde più solo all'ottica privatistica della "fornitura di beni" ma anche a quella pubblicistica del conseguimento di interessi di carattere generale⁶⁷, ulteriori rispetto all'interesse specifico del contratto.

Questa impostazione si riflette, di conseguenza, anche sul lato "micro" del mercato, ovvero del singolo acquisto, dove ogni procedura ad evidenza pubblica, se strutturata in maniera c.d. strategica, diviene un processo decisionale che, favorendo l'incontro tra domanda e offerta, stilizza un mercato competitivo (c.d. micro-mercato)⁶⁸, sostenibile di per sé e teso anche a perseguire obiettivi di sostenibilità.

di uno strumento di "politica industriale" per la crescita e l'innovazione. G. M. Racca, *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, in *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, a cura di C. Marzuoli e S. Torricelli, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 171 ss.

⁶⁶ Così la già richiamata Comunicazione *Europa 2020*. Tale strategia ha fondato, successivamente, anche il piano d'azione del *Green Deal* (COM(2019)640 final), il cui obiettivo – si legge nell'Introduzione dello stesso – è quello di trasformare l'Ue in una società giusta e prospera, dotata di un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva che a partire dal 2050 non genererà più emissioni nette di gas a effetto serra, in cui l'ambiente e la salute dei cittadini saranno protetti e in cui la crescita economica sarà dissociata dall'uso delle risorse. Così anche COM (2020) 21final «Piano di investimenti per un'Europa sostenibile. Piano di investimenti del *Green Deal* europeo». Di significativo rilievo anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 25 novembre 2020 dal titolo «Verso un mercato unico più sostenibile per le imprese e i consumatori» che ha evidenziato la necessità di introdurre e consolidare modelli sostenibili di produzione e consumo che tengano conto dei limiti del pianeta della crisi causata dalla pandemia di Covid-19. Tra le proposte agli Stati membri sulle diverse policy da integrare, la Risoluzione ha ricompreso quella di garantire la transizione delle autorità pubbliche, ponendo gli appalti pubblici al centro della ripresa economica dell'Ue e tenendo in considerazione il ruolo che gli appalti verdi e sociali possono rivestire per promuovere la sostenibilità anche in settori cruciali. Per approfondimenti sul framework Ue in materia di sviluppo sostenibile si v. il Quaderno Asvis dal titolo «Obiettivi di sviluppo sostenibile e politiche europee. Dal *Green Deal* al *Next Generation EU*», 1, 2020.

⁶⁷ Così F. De Leonardis, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, in *Trattato sui Contratti pubblici*, cit., 167 ss., spec. 170; Id., *L'uso strategico della contrattazione pubblica: tra GPP e obbligatorietà dei CAM*, in *Riv. quadrim. Dir. amb.*, 2020, n. 3, 62 ss., spec., 64.

⁶⁸ Così M. Cafagno, *Lo Stato banditore*, cit., 130. Similmente anche J.L. Coleman, *Markets, Morals and the Law*, Oxford University Press, 2002, 68.

L'uso strategico dei contratti pubblici e lo sviluppo sostenibile

Sul punto è stato evidenziato, infatti, che la contrattazione pubblica può essere utilizzata, in primo luogo, al servizio della sostenibilità, ossia come strumento per realizzare obiettivi di sostenibilità incardinati dall'ordinamento, ma, in aggiunta a ciò, può essere essa stessa sostenibile, indipendentemente dall'obiettivo che si prefigge di realizzare. In questo secondo senso il contratto pubblico può configurare una vicenda economico-giuridica di per sé sostenibile⁶⁹.

Sino ai tempi più recenti, l'uso strategico dei contratti pubblici per la garanzia di una crescita sostenibile è stato inteso, principalmente, nell'ottica della tutela ambientale. Da ciò ne è disceso che la maggior parte delle disposizioni cc.dd. strategiche di tale disciplina riguardino tale ambito e che il *green public procurement*⁷⁰ detenga un posto di primario rilievo.

Tuttavia, come noto, l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile delle nazioni unite⁷¹ ha proposto una visione di sviluppo sostenibile che non guarda più solo al piano ambientale ma che risulta integrata anche da quello economico e sociale⁷², tutti interconnessi tra di loro. Tale lettura ha condotto alla definizione di ben diciassette obiettivi di sviluppo sostenibile (*Sustainable Development Goals*- SDGs) da raggiungere entro il 2030, suddivisi, a loro volta in centosessantanove sotto-obiettivi (*targets*)⁷³. Con particolare riferimento

⁶⁹ Così F. Fracchia e P. Pantalone, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'Agenda ONU 2030*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2022, n. 2-3, 243 ss.

⁷⁰ Per una approfondita ricostruzione della disciplina e dell'evoluzione dei c.d. appalti verdi, si v. per tutti M. Cafagno e A. Fari, *I principi e il complesso ruolo dell'amministrazione nella disciplina dei contratti per il perseguimento di interessi pubblici*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di M. Clarich, II ed., Torino, Giappichelli, 2019, 201 ss., spec. 216 ss. Tra i contributi più recenti si v. E. Caruso, *I contratti pubblici tra obiettivi di sostenibilità e finalità concorrenziali: alla ricerca di nuovi equilibri*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2022, n. 1, 284 ss.; M. Cafagno, *L'ambiente nei contratti pubblici: due angoli visuali e una morale*, in *Dir. e proc. amm.*, 2021, 4, 859 ss.

⁷¹ Risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 25 settembre 2015 dal titolo «*Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile*».

⁷² L'Agenda è basata su cinque "P" che racchiudono cinque concetti chiave: i) Persone: eliminare fame, povertà e garantire dignità e uguaglianza; ii) Prosperità: garantire vite prospere e in armonia con la natura; iii) Pace: promuovere società pacifiche, giuste e inclusive; iv) Partnership: implementare l'Agenda attraverso solide Partnership; v) Pianeta: proteggere le risorse naturali e il clima del pianeta per le generazioni future.

⁷³ Secondo la lettura fornita dall'Agenda 2030, inoltre, le tre dimensioni dello sviluppo (economica, ambientale e sociale) sono strettamente correlate tra loro. Ciò fa sì che ciascun obiettivo non possa essere considerato in maniera indipendente ma deve essere perseguito sulla base di un approccio sistemico, che tenga in considerazione le reciproche interrelazioni. Secondo tale approccio, infatti, solo la crescita integrata di tutte e tre le componenti consentirà il raggiungimento dello sviluppo sostenibile. Per approfondimenti sugli obiettivi e

all'uso strategico dei contratti pubblici, all'obiettivo 12 «Consumo e produzione responsabili» è stato previsto come sotto-obiettivo (12.7) la necessità di promuovere pratiche sostenibili in materia di appalti pubblici⁷⁴.

Da tale ampliamento del concetto di sostenibilità, ne è derivata una moltiplicazione degli obiettivi che i contratti pubblici possono perseguire e la conseguente considerazione di interessi ulteriori anche oltre quelli ambientali, come appunto quelli sociali, quelli legati alla salute, alla conservazione del patrimonio culturale etc., tutti interconnessi tra di loro.

1.2. Il micro-mercato: cenni sui principali strumenti di sostenibilità tra 'vecchio' e nuovo codice

Nel quadro sin qui descritto, il nuovo codice (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), adottato in attuazione del medesimo pacchetto di direttive di cui al previgente codice, riprendendo la disciplina contenuta nel codice previgente, dispone di diversi strumenti per garantire la sostenibilità (non solo ambientale) degli acquisti pubblici: dalla disciplina dei cc.dd. CAM, a quella delle clausole sociali, dei requisiti premiali⁷⁵, delle cause di esclusione, dell'offerta anormalmente bassa, del costo del ciclo di vita, degli strumenti a tutela delle PMI⁷⁶.

Un posto di primaria importanza, dato il rilievo che continua a detenere il piano ambientale, è sicuramente riconosciuto alla disciplina dei

sull'attuazione dell'Agenda si v. i Rapporti annuali, i Quaderni e i Paper tematici redatti dall'Asvis e disponibili al seguente link: <https://asvis.it/1-agenda-2030-dell-onu-per-lo-sviluppo-sostenibile/>.

⁷⁴ Sull'utilizzo dei contratti pubblici per raggiungere gli obiettivi dell'Agenda 2030 si v. anche A. La Chimia, *Appalti e sviluppo sostenibile nell'Agenda 2030*, in *Il procurement delle pubbliche amministrazioni tra innovazione e sostenibilità*, a cura di L. Fiorentino e A. La Chimia, Bologna, Il Mulino, 2021, 73 ss.

⁷⁵ Tali criteri non sono solamente ambientali. L'All. II.3, all'art. 1, stabilisce infatti la possibilità per le stazioni appaltanti di prevedere, nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, specifiche clausole dirette all'inserimento, come requisiti necessari e come ulteriori requisiti premiali dell'offerta, di criteri orientati a promuovere l'imprenditoria giovanile, l'inclusione lavorativa delle persone disabili, la parità di genere e l'assunzione di giovani, con età inferiore a trentasei anni, e donne.

⁷⁶ Tali imprese, infatti, sono espressamente richiamate anche dall'Agenda 2030 e in particolare all'interno dell'obiettivo 8 «Incentivare una crescita economica duratura, inclusiva e sostenibile, un'occupazione piena e produttiva ed un lavoro dignitoso per tutti», dove nel sotto-obiettivo 8.3. viene affermata la necessità di 8.3 «Promuovere politiche orientate allo sviluppo, che supportino le attività produttive, la creazione di posti di lavoro dignitosi, l'imprenditoria, la creatività e l'innovazione, e che incoraggino la formalizzazione e la crescita delle piccole-medie imprese, anche attraverso l'accesso a servizi finanziari».

CAM contenuta oggi nell'art. 57 («Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale») del codice che, al secondo comma, prevede che 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 amministrazione⁷⁷ attraverso l'inserimento (ora obbligatorio)⁷⁸ nella documentazione progettuale e di gara⁷⁹, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi definiti con decreto del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica. La disposizione stabilisce poi che i criteri e, in particolare, quelli premianti sono tenuti in considerazione ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV)⁸⁰. L'attenzione a tali criteri è infatti enfatizzata dall'art. 108 che, al c.

⁷⁷ Il piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione c.d. PAN GPP è stato adottato accogliendo l'indicazione contenuta nella Comunicazione della Commissione europea «Politica integrata dei prodotti, sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale» COM(2003)302, l'11 aprile 2008 con decreto dell'allora Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e del Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro dello sviluppo economico, al fine di integrare le esigenze di sostenibilità ambientale nelle procedure di acquisto di beni e servizi pubblici. Il piano fornisce un quadro generale sul *Green Public Procurement*, identifica le categorie di beni, servizi e lavori di intervento prioritarie per gli impatti ambientali e i volumi di spesa sulle quali definire i CAM. Detta inoltre specifiche prescrizioni per gli enti pubblici, che sono chiamati a: i) effettuare un'analisi dei propri fabbisogni con l'obiettivo di razionalizzare i consumi; ii) identificare le funzioni competenti per l'attuazione del GPP coinvolte nel processo d'acquisto; iii) redigere uno specifico programma interno per implementare le azioni in ambito GPP. Il piano è stato aggiornato con decreto del Ministro dell'ambiente e della sicurezza energetica del 3 agosto 2023, di concerto con il Ministro delle imprese e del made in Italy e con il Ministro dell'economia e delle finanze.

⁷⁸ Il percorso per l'obbligatorietà dei CAM è stato lungo. Per un'approfondita ricostruzione si v. F. De Leonardis, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, cit., spec. 170. Come ricordato, a livello nazionale tale obiettivo è stato raggiunto con il correttivo del 2017 che ha affermato in via generale l'obbligatorietà dei contratti verdi raggiungendo quello che è stato definito dall'A. come un traguardo di portata storica. Con tale modifica il legislatore nazionale si è in realtà spinto anche più avanti di quello sovranazionale dal momento che il diritto Ue afferma l'obbligatorietà solo con riferimento a categorie merceologiche particolari. Sul tema si v. anche R. Caranta, *Clausole sociali e ambientali e rispetto del principio di concorrenza*, in *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, cit., 127 ss.

⁷⁹ L'art. 83, codice rubricato «Bandi e avvisi: contenuti e modalità di redazione», infatti, richiama la necessità di indicare i CAM di cui all'art. 57, c. 2, codice.

⁸⁰ Sulla tematica dell'OEPV alla luce del nuovo codice si v. M. Mirrione, *La selezione delle offerte*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine*, a cura di S. Fantini e H. Simonetti, *Il Foro Italiano-Gli speciali*, 2023, n. 1, 146 ss. Una novità da tenere pre-

4, specifica che l'OEPV, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali ma anche sociali, connessi all'oggetto dell'appalto.

Salvo minime modifiche, come è stato rilevato dai primi commentatori, la disciplina del nuovo codice non ha potenziato l'utilizzo dello strumento dei CAM, né ha risolto alcune questioni interpretative con riguardo alla disciplina previgente⁸¹.

A titolo esemplificativo, un ulteriore strumento a garanzia dello sviluppo sostenibile può essere rintracciato anche nelle cc.dd. clausole sociali, definite come quelle disposizioni che impongono all'operatore economico il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o concessione o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie (art. 2, lett. o))⁸². La disciplina di tali clausole è contenuta sempre nell'art. 57 (c. 1)⁸³ che, tramite anche il riferimento espresso alle «pari opportunità generazionali» e «di genere», colloca, senz'altro, le istanze sociali raggiungili attraverso la contrattazione pubblica all'interno della più ampia definizione di sviluppo

sente all'interno del nuovo codice è quella dell'eliminazione – rispetto al previgente – della regola che imponeva di riconoscere al prezzo un peso non superiore a trenta punti su cento. Novità che, come rilevato, espande i margini di discrezionalità delle stazioni appaltanti. Così M. Renna, *I principi*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, cit., 2 ss.

⁸¹ Sul punto si v. S. Vernile, “Nuovo” Codice dei contratti pubblici e criteri ambientali minimi per l'economia circolare, in *Riv. giur. amb.*, 2023, n. 3, 979 ss., spec. 988, secondo cui la novità che merita evidenziare riguarda l'inserimento, all'interno dell'art. 57, della previsione secondo la quale le stazioni appaltanti valorizzano economicamente appalti e concessioni conformi ai CAM. Secondo l'A. ciò parrebbe significare che le stazioni appaltanti, nell'ambito della programmazione degli interventi, possano destinare risorse maggiori ai contratti il cui oggetto ricada nell'ambito dei CAM vigenti. Tuttavia, così facendo, vi sarebbe il rischio di finire con l'attribuire più valore (o comunque non pienamente effettivo e proporzionato) ai beni e ai servizi più sostenibili dal punto di vista ambientale che al reale fabbisogno. Salvo tale modifica, il nuovo codice non ha inciso in maniera innovativa sull'istituto né ha risolto alcune questioni interpretative sorte con riguardo alla disciplina previgente come, ad esempio, la questione relativa alla mancata conformazione dei bandi di gara ai CAM.

⁸² Per una analisi completa dell'istituto alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici si v. A. De Siano, *Tutela del lavoratore e buon andamento della P.A. secondo il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2023, n. 14, 98 ss. Con riferimento all'impianto del previgente codice si v. il recente contributo di W. Giulietti, *La tutela del lavoro nei contratti pubblici attraverso le clausole sociali*, in *Dir. econ.*, 2023, n. 1, 11 ss. Meno recente si v. M. Montini, *La tutela del lavoro nella contrattazione pubblica*, in *La dimensione sociale della contrattazione pubblica*, cit., 147 ss.

⁸³ Nel previgente codice le clausole sociali e i criteri ambientali erano disciplinati in due disposizioni differenti (rispettivamente artt. 50 e 34) ora, invece, la disciplina è confluita all'interno dell'art. 57 rubricato «Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale».

sostenibile abbracciata dall'Agenda 2030⁸⁴. In particolare, viene previsto che per i contratti di appalto diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti devono contenere specifiche clausole sociali con cui vengono richieste agli operatori, 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 settore⁸⁵.

A completezza di quanto *supra* rilevato, l'art. 108, sempre con riferimento al criterio dell'OEPV, conferma la possibilità (già presente nel previgente codice) di individuare l'OEPV «sulla base dell'elemento del prezzo e del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il

⁸⁴ Tra i *goal* dell'Agenda vi è infatti l'obiettivo n. 5 che riguarda il raggiungimento dell'uguaglianza di genere e l'obiettivo n. 8 che invece punta al raggiungimento del lavoro dignitoso per tutti.

⁸⁵ Con particolare riferimento alla contrattazione collettiva è stato evidenziato che «nel tentativo di accrescere il livello di protezione sociale, il legislatore, difficilmente avendo potuto dettare disposizioni nei contenuti più pregnanti di quelle proprie del precedente codice, ha diversamente collocato rispetto al passato le norme riguardanti l'impiego della contrattazione collettiva, inserendole tra i principi: l'art. 11 è infatti dedicato al «Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti». In questo senso A. De Siano, *Tutela del lavoratore e buon andamento della P.A. secondo il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2023, n. 14, 98 ss., spec. 105. Con riferimento invece alla parità di genere l'art. 108, c. 7, prevede che «al fine di promuovere la parità di genere, le stazioni appaltanti prevedono, nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, il maggior punteggio da attribuire alle imprese per l'adozione di politiche tese al raggiungimento della parità di genere comprovata dal possesso della certificazione della parità di genere di cui all'articolo 46-bis del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198». La norma, come è stato evidenziato in dottrina (M. Mirrione, *La selezione delle offerte*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine*, a cura di S. Fantini e H. Simonetti, *Il Foro Italiano-Gli speciali*, 2023, n. 1, 146 ss., spec. 167) troverebbe il suo precedente più vicino nell'art. 47, c. 4, d.l. n. 77/2021, che, in relazione alle procedure afferenti agli investimenti del PNRR e del PNC, dispone che le stazioni appaltanti prevedano requisiti necessari e premianti «orientati a promuovere l'imprenditoria giovanile, la parità di genere e l'assunzione di giovani [...] e donne». Il d.l. tuttavia, a differenza del nuovo codice che sembra imporre in capo alle stazioni appaltanti un obbligo indifferenziato, prevedeva una deroga all'inserimento di tali clausole sociali, nel caso in cui «l'oggetto del contratto, la tipologia o la natura del progetto o altri elementi puntualmente indicati ne rendano l'inserimento impossibile o contrastante con obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche». Tale mancata esplicita derogabilità, come evidenziato dall'A., potrebbe contrastare con il principio di connessione con l'oggetto dell'appalto.

costo del ciclo di vita [...]» (c. 1), conformemente a quanto previsto dall'allegato II.8 par. III che stabilisce i dati che le stazioni appaltanti indicano nei documenti di gara e che devono essere forniti dagli operatori economici al fine di determinare i costi del ciclo vita⁸⁶. Nello specifico, tali valutazioni consentono di valutare le offerte degli operatori considerando non solo il corrispettivo contrattuale, ma anche tutti quei costi afferenti all'intero ciclo di vita del bene (come, ad esempio, i costi di gestione che includono il consumo di energia, i costi di manutenzione, i costi per lo smaltimento o il riciclo), tra cui rientrano le esternalità ambientali⁸⁷.

Sono poi stati confermati ulteriori strumenti come, ad esempio, quello della suddivisione in lotti a tutela delle PMI⁸⁸. Oltre alle misure sin qui

⁸⁶ Tale concetto costituisce una diretta conseguenza del sistema dell'economia circolare. In questi termini F. De Leonardis, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno stato circolare?*, in *Dir. amm.*, 2017, n. 1, 163 ss. Sul tema dell'economia circolare si v. *ex multis* e senza pretesa di esaustività: F. De Leonardis, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in *L'ambiente per lo sviluppo: profili giuridici ed economici*, a cura di M. Monteduro e G. Rossi, Giappichelli, Torino, 2020, 25 ss.; Id., *Codice dell'ambiente, regolazione dei rifiuti e concorrenza nella nuova stagione dell'economia circolare*, in *Riv. quadrim. Dir. amb.*, 2022, n. 1, 60 ss.; M. Cocconi, *L'economia circolare come volano della transizione ecologia*, in *Scritti in onore di Maria Immordino*, I, Napoli, Editoriale scientifica, 2022, 777 ss.; V. Molaschi, *L'economia circolare nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, *ivi*, III, 2471 ss.; G. Montedoro, *Economia e società circolare: quali trasformazioni dello Stato e del diritto amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 2020, n. 1, 175 ss.

⁸⁷ Il concetto del costo del ciclo di vita è stato introdotto per la prima volta dalla dir. 2014/24/Ue. In particolare, si v. gli artt. 67 (par. 2) e 68. Quest'ultimo fa riferimento ai costi imputati a esternalità ambientali che possono includere i costi delle emissioni di gas a effetto serra o altre sostanze inquinanti, nonché altri costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici. Per approfondimenti sulla tematica all'interno della normativa Ue si v. per tutti, D. Iaria e I. Marrone, *Aggiudicazione nei settori ordinari*, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, cit., 685 ss., spec., 736.

⁸⁸ Sul tema sia consentito rinviare A. Coiante, *L'accesso delle PMI al mercato dei contratti pubblici tra la concorrenza per il mercato e la discrezionalità amministrativa: lo strumento della suddivisione in lotti quale "chiave di volta" che non risolve*, in *Dir. e soc.*, 2021, n. 4, 795 ss. e alla bibliografia *ivi* richiamata. Con particolare riferimento all'impianto del nuovo Codice si evidenzia che è stata inserita all'art. 108, c. 7, la previsione secondo cui le stazioni appaltanti possono prevedere criteri premiali tesi a favorire la partecipazione delle PMI nella valutazione dell'offerta e a promuovere per le prestazioni dipendenti dal principio di prossimità la loro efficiente gestione l'affidamento ad operatori economici con sede operativa nell'ambito territoriale di riferimento. Viene poi precisato che tali previsioni si applicano compatibilmente con il diritto dell'Ue e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità. Questa clausola di compatibilità (cfr. M. Mirrione, *La selezione delle offerte*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine*, a cura di S. Fantini e H. Simonetti, *Il Foro Italiano-Gli speciali*, 2023, n. 1, 146 ss., spec. 167) sarà di peculiare importanza nell'applicazione di tale previsione, considerata l'ampia giurisprudenza amministrativa sul tema delle c.d. clausole di territorialità (*recte*: quelle clausole che impongono agli operatori

ricordate sono poi state previste, anche qui senza operare soluzioni di continuità con la previgente disciplina, tutta una serie di disposizioni relative alla c.d. funzione strategica negativa⁸⁹. Tra queste vi rientrano quelle in tema di esclusione dalle procedure degli operatori (art. 95, c. 1, lett. a)), laddove siano accertate gravi violazioni delle norme in materia di salute, sicurezza sul lavoro, nonché degli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro, stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali (elencate nell'all. X, dir. 2014/24/Ue). E ancora la previsione che stabilisce la possibilità per le stazioni appaltanti di decidere di non aggiudicare l'appalto all'operatore che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa nel caso in cui abbia accertato il mancato rispetto degli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro (art. 107, c. 2).

L'impianto generale degli istituti sin qui richiamati, come detto, è stato di base confermato dal nuovo codice senza apportare rilevanti modifiche alla disciplina.

In quest'ottica, davanti alle possibilità offerta dalla modifica integrale della normativa, il legislatore sembra aver perso l'occasione per riconoscere in maniera più ampia (e nell'ottica di raggiungere gli obiettivi dell'Agenda 2030) il principio dello sviluppo sostenibile, anche alla luce della legge delega (l. 21 giugno 2022 n. 78) che all'art. 1 lett. f) – oltre alla già presente disciplina di misure volte a garantire il rispetto dei criteri di responsabilità energetica e ambientale (attraverso l'aggiornamento dei CAM) – prevedeva espressamente (tra i criteri e principi direttivi) la «semplificazione delle procedure finalizzate alla realizzazione di investimenti in tecnologie verdi

economici di disporre di una sede operativa localizzata in una determinata area geografica o ad una distanza minima dalle sedi dell'Amministrazione che indice la gara). Il g.a. ha infatti tendenzialmente ritenuto illegittime quelle clausole di territorialità che imponeva agli operatori economici di disporre di una sede operativa in un dato ambito territoriale quale requisito di partecipazione alle procedure di gara. Il carattere anticoncorrenziale di tali clausole è stato considerato non sussistente tutte le volte in cui tale esigenza di vicinanza territoriale veniva posta dalla stazione appaltante non come requisito di partecipazione bensì come modalità di esecuzione del contratto e, più in particolare, quale condizione per la stipula dello stesso. A ciò si aggiunga che anche la Corte costituzionale ha chiarito a più riprese che discriminare le imprese sulla base di elementi di localizzazione territoriale si pone in contrasto con diversi principi, tra cui quelli di eguaglianza e di libera circolazione (Corte cost., 26 giugno 2001, n. 207). Sul tema si v. anche la pronuncia della C. giust. UE 16 giugno 2015, C-593/13. Per un'analisi più approfondita della questione sia consentito rinviare a A. Coiante, *Le clausole di territorialità nelle procedure di gara tra tutela della concorrenza e discrezionalità amministrativa*, in *Foro amm.*, 2019, n. 9, 1458 ss.

⁸⁹ Così definite da A. Maltoni, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio "mandatory-rigido" ad uno di tipo "funzionale"?*, in *CERIDAP*, 2023, n. 3, 64 ss., spec. 69.

e digitali, in innovazione e ricerca nonché in innovazione sociale, anche al fine di conseguire gli obiettivi dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 25 settembre 2015, e di incrementare il grado di ecosostenibilità degli investimenti pubblici e delle attività economiche secondo i criteri di cui al reg. Ue 2020/852⁹⁰ del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2020 [...]»⁹¹.

Stupisce quindi non poco la scelta di non riprodurre la disposizione di cui al primo comma dell'art. 30 del previgente codice (rubricato «Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni») che prevedeva la possibilità di subordinare il principio di economicità⁹², nei limiti in cui era espressamente consentito dalle norme vigenti e dal codice «ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico»⁹³.

⁹⁰ Tale regolamento stabilisce i criteri per determinare se un'attività economica possa considerarsi ecosostenibile, al fine di individuare il grado di ecosostenibilità di un investimento. L'art. 3, in particolare, rubricato «Criteri di ecosostenibilità delle attività economiche» prevede che al fine di stabilire il grado di ecosostenibilità di un investimento, un'attività economica è considerata ecosostenibile se: a) contribuisce in modo sostanziale al raggiungimento di uno o più degli obiettivi ambientali di cui all'articolo 9 (ossia la mitigazione dei cambiamenti climatici; l'adattamento ai cambiamenti climatici; l'uso sostenibile e la protezione delle acque e delle risorse marine; la transizione verso un'economia circolare; la prevenzione e la riduzione dell'inquinamento; la protezione e il ripristino della biodiversità e degli ecosistemi); b) non arreca un danno significativo (c.d. principio del *Do No Significant Harm* o anche solo DNSH) a nessuno degli obiettivi ambientali di cui sopra; c) è svolta nel rispetto delle garanzie minime di salvaguardia previste all'art. 18 che disciplina le c.d. garanzie minime di salvaguardia; e d) è conforme ai criteri di vaglio tecnico fissati dalla Commissione. Sul principio del DNSH si vedano gli orientamenti tecnici della Commissione (COM (2021) 1054 del 12 febbraio 2021 «Orientamenti tecnici sull'applicazione del principio "non arrecare un danno significativo"»), previsti in attuazione del regolamento che ha istituito il dispositivo per la ripresa e resilienza (reg. Ue 2021/241).

⁹¹ Sul punto Cfr. A. Maltoni, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio "mandatory-rigido" ad uno di tipo "funzionale"?*, in *CERIDAP*, 2023, n. 3, 64 ss., spec. 69 e anche F. Fracchia e P. Pantalone, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'Agenda ONU 2030*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2022, n. 2-3, 243 ss.

⁹² Sul principio di economicità si v. per tutti A. Massera, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, II ed., Milano, Giuffrè, 2017, 45 ss. e, da ultimo, M.R. Spasiano, *Il principio di buon andamento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, IV ed., a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2023, 121, ss.

⁹³ Tale disposizione era presente anche nel codice del 2006 (art. 2). Nel Codice del 2016 era stato aggiunto solamente il riferimento al patrimonio culturale. Sulla portata di tale previsione si era espresso anche il Ministero della salute con un report del settembre 2006 dal titolo «Acquisti verdi per la Pubblica Amministrazione: stato dell'arte, evoluzione normativa e

L'uso strategico dei contratti pubblici e lo sviluppo sostenibile

Il rapporto di subordine che traspariva dalla lettera di tale disposizione poteva essere considerato, almeno a prima lettura, come frutto di una concezione meramente aziendalistica del principio di economicità, intesa quale minor utilizzo delle risorse finanziarie, che prescinde da un rapporto comparativo tra mezzi impiegati e risultati raggiunti in termini di benessere della collettività⁹⁴.

In realtà, come è stato evidenziato da parte della dottrina, attraverso un'interpretazione più sistematica, tale subordinazione poteva piuttosto considerarsi come frutto di una diversa concezione dell'economicità, in grado di consentire all'amministrazione di allargare la propria visione temporale di riferimento e di non rivolgersi solamente al singolo incontro tra domanda e offerta (*recte*: singolo procedimento di acquisto) circoscritto nel tempo, ma di ampliare la sua valutazione tenendo presente, nella ponderazione stessa dell'economicità della scelta pubblica, alcuni fattori che potevano incidere sul lungo periodo sui costi sociali e sulle esternalità⁹⁵.

Di tale concezione ne sono un esempio alcune pronunce del Giudice amministrativo ove la disposizione di cui all'art. 30 del codice del 2016 (e il rapporto di subordine del principio di economicità) è stata utilizzata per dichiarare legittimo l'inserimento, da parte delle stazioni appaltanti, di criteri aggiuntivi (in sede di valutazione dell'offerta tecnica) riguardanti la tutela

indicazioni metodologiche». Nel report si legge che tale disposizione legittimava la possibilità di considerare «prioritaria l'esigenza di proteggere ambiente e salute umana, di promuovere lo sviluppo sostenibile e tutelare le esigenze sociali anche a scapito di non garantire sempre ed in ogni caso un rapporto conveniente tra risultati ottenuti e risorse impiegate, purché ciò avvenga nel rispetto della trasparenza, della par condicio e della concorrenza». Sempre secondo quanto è dato leggere nel report, tale norma avrebbe risposto alle perplessità di quanti temevano che potesse essere contrario all'interesse pubblico e al buon andamento dell'amministrazione procedere ad un acquisto di un prodotto in possesso di un marchio ecologico, poiché più caro rispetto ad altri; chiariva inoltre che un procedimento amministrativo più oneroso, come potrebbe essere quello di dover controllare la rispondenza della fornitura anche sotto il profilo dei requisiti ecologici richiesti nel bando, non è contrario al buon andamento dell'azione amministrativa perché va a tutela dell'ambiente e della salute umana. Il report è disponibile al seguente link: https://www.mase.gov.it/sites/default/files/archivio/allegati/GPP/all_to_50_Rapporto_studio_GPP_2006.pdf.

⁹⁴ Si v. E. Caruso, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, Napoli, 2021, 27. Similmente anche S. Dettori, *Art. 30, in Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L. Perfetti, II ed., Milano, 2017, 282 ss., spec. 290, secondo cui la disposizione enuncerebbe chiaramente la possibilità per le amministrazioni di rinunciare all'impiego delle risorse impegnate per l'approvvigionamento di beni e servizi quando siano in gioco interessi ritenuti prevalenti dall'ordinamento.

⁹⁵ M. Cafagno e A. Farì, *I principi e il complesso ruolo dell'amministrazione nella disciplina dei contratti per il perseguimento di interessi pubblici*, cit., spec. 215.

della salute, della sicurezza sul lavoro, dell'ambiente⁹⁶ o per affermare la legittimità delle previsioni tese a garantire meccanismi atti ad assicurare la c.d. parità di genere⁹⁷, anche sotto la vigenza del codice del 2006⁹⁸.

Oltre a stabilire il possibile rapporto di subordine dell'economicità nei confronti degli "interessi strategici", l'art. 30, infatti, faceva anche qualcosa in più: richiamava espressamente il principio dello sviluppo sostenibile nella disposizione del codice dedicata ai principi-guida dell'azione amministrativa in tale settore.

La mancata riproposizione di una disposizione simile non può apparire priva di effetti. Vieppiù che tale scelta è stata compiuta nonostante, come detto, la legge delega avesse dato ampio spazio e respiro al principio dello sviluppo sostenibile, e anche tenuto conto del fatto che il nuovo codice ha dedicato i primi undici articoli⁹⁹ ai principi a cui deve risultare conforme l'attività amministrativa delle stazioni appaltanti.

⁹⁶ In questo senso si v. Cons. St., sez. V, 22 luglio 2021, n. 5513. In particolare, nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha ritenuto legittimo l'inserimento nel disciplinare di gara, tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica a cui riconoscere punteggi aggiuntivi, il possesso delle certificazioni di qualità Iso (riguardanti la salute, la sicurezza sul lavoro, l'ambiente), precisando appunto che «Il codice dei contratti pubblici favorisce, nell'impiego del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'inserimento di criteri in grado di favorire il rispetto del diritto dei lavoratori, della sicurezza e salubrità nei posti di lavoro: difatti, in linea generale, l'art. 30, comma 1, stabilisce che: "Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico"» (par. 8).

⁹⁷ Si v. TAR Lazio, Roma, sez. V, 8 marzo 2023, n. 3873, che ha dichiarato come legittima «La scelta compiuta in sede di redazione del bando di gara di premiare i concorrenti che abbiano investito sulle misure atte a scongiurare discriminazioni fondate su ragioni di genere» sulla base dell'art. 30, c. 1, d.lgs. n. 50/2016 (secondo cui il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali). Ciò a prescindere anche dalla previsione espressa introdotta dall'art. 47, c. 4, d.l. 77/2021. Secondo la ricorrente, infatti, la facoltà di inserire requisiti di tal genere era da considerarsi applicabile solo ai contratti pubblici aggiudicati sotto la disciplina del d.l. 71 (quindi per contratti PNRR e PNC).

⁹⁸ TAR Lombardia, Milano, 27 giugno 2013, n. 1647.

⁹⁹ In particolare, sono i principi del risultato (art. 1), della fiducia (art. 2), dell'accesso al mercato (art. 3), di buona fede e di tutela dell'affidamento (art. 5), di solidarietà e sussidiarietà orizzontale (art. 6), di auto-organizzazione amministrativa (art. 7), di autonomia contrattuale (art. 8) di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9) di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione (art. 10) e di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore (art. 11). Come è stato evidenziato (M. Ramajoli, *I principi generali*, in *Codice dei contratti pubblici annotato articolo per articolo*, Vol. I, a cura di C. Contessa e P. Del Vecchio,

Tra questi un posto di primaria importanza è ricoperto dal principio del risultato che, secondo quanto previsto dall'art. 1, c. 4, d.lgs. n. 36/2023, deve, tra l'altro, fungere da «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto» e, inoltre, ai sensi dell'art. 4, deve essere utilizzato come criterio interpretativo e applicativo delle disposizioni dell'intero codice (insieme al principio della fiducia e dell'accesso al mercato).

Ciò posto e alla luce di quanto sin qui evidenziato, nei paragrafi che seguono, si intende riflettere sul peso che potrà avere, nell'ottica di un utilizzo strategico dei contratti pubblici a garanzia dello sviluppo sostenibile, la suddetta mancata riproposizione della disposizione di cui all'art. 30, davanti all'ampliamento dei poteri discrezionali delle stazioni appaltanti e alla centralità del principio del risultato, anche quale «criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto».

2. ... e il (nuovo) principio del risultato

Come si è avuto modo di evidenziare all'interno del primo paragrafo, tra gli obiettivi generali delle direttive del 2014, vi era quello di accrescere la flessibilità della disciplina dei contratti pubblici anche garantendo maggiore discrezionalità alle stazioni appaltanti. Tuttavia, si è visto che l'approccio del legislatore Ue – meno formalistico e a favore di modelli più flessibili – si è dovuto confrontare con l'impianto normativo nazionale, permeato da un tradizionale atteggiamento di diffidenza nei confronti della discrezionalità amministrativa che ha condotto, a sua volta, all'adozione di discipline tipicamente caratterizzate da fitti reticoli di regole tese a limitare l'utilizzo di tale potere per prevenire possibili pericoli di abuso¹⁰⁰.

2023, 45 ss.) alcuni principi hanno derivazione privatistica (come il principio di autonomia contrattuale o quello di conservazione dell'equilibrio contrattuale); altri sono propriamente pubblicistici (come il principio di accesso al mercato, quello di solidarietà, di sussidiarietà orizzontale, di auto-organizzazione amministrativa). Alcuni principi poi hanno una tradizione millenaria (come quello di buona fede e di tutela dell'affidamento), altri rappresentano un'autentica novità (come il principio della fiducia), altri ancora hanno natura trasversale e riguardano ogni campo dell'agire amministrativo (ancora il principio di buona fede e tutela dell'affidamento), altri, invece, sono applicabili solamente al settore dei contratti pubblici (come il principio di tassatività delle cause di esclusione). E ancora ci sono principi che assumono una valenza rafforzata rispetto agli altri (si v. l'art. 4, secondo cui tutte le disposizioni del codice si applicano in base ai principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato).

¹⁰⁰ Il fondamento di tale atteggiamento di diffidenza nei confronti della discrezionalità

Alla luce di quanto ricordato, il nuovo codice rappresenta dunque un terzo tentativo di amalgamare queste due anime: la prima, di stampo europeo, tesa a valorizzare il potere di scelta delle stazioni appaltanti e, la seconda, quella nazionale che, condizionata da una tradizionale sfiducia nell'integrità morale delle stazioni appaltanti, ha sempre tentato di restringere i loro margini di scelta.

Questa concezione sembrerebbe potersi dire superata (almeno nella teoria) dall'impostazione del nuovo d.lgs. n. 36/2023 che, in linea con il pacchetto di direttive del 2014, ha inteso concedere maggiori spazi valutativi alle stazioni appaltanti. Tale intento è ben evincibile dalla accurata Relazione illustrativa che ne ha accompagnato lo schema definitivo.

Anzitutto, sin dalla premessa, si legge che tale codice ha voluto dare effettivo senso ad alcune «parole chiave» spesso utilizzate in tema di contratti pubblici, tra cui rientra quella della «semplificazione» ottenuta, tra l'altro, «aumentando la discrezionalità delle amministrazioni»¹⁰¹. Nella parte sui principi generali¹⁰² viene poi ricordato che, mentre nel previgente d.lgs. n. 50/2016, il ruolo dei principi subiva «una rilevante compressione» dovuta «alla presenza di norme puntuali che finivano per erodere ambiti di discrezionalità delle amministrazioni pubbliche [...]», nel nuovo codice, attraverso la codificazione dei principi generali¹⁰³, l'obiettivo è proprio quello di fa-

sarebbe da rintracciare nella tendenza ad associare la discrezionalità al potere. Ciò avrebbe radicato nella nostra cultura giuridica «un diffuso atteggiamento di diffidenza per i possibili pericoli di abuso e di ingiustizia delle autorità pubbliche» e avrebbe condotto «alla sperimentazione di rimedi, concepiti più che in chiave negativa di vincolo, limite o freno, che non in termini positivi di sviluppo, affinamento, e responsabilizzazione delle capacità decisorie». In questi termini G.D. Comporti, *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, in *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, a cura di G.D. Comporti, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, 2 ss.

¹⁰¹ Sui nuovi ambiti di discrezionalità all'interno del nuovo Codice si v. M.R. Spasiano, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrizzazione del sindacato*, in *federalismi.it*, 2023, n. 24, 222 ss.

¹⁰² Per un quadro introduttivo sui principi del nuovo Codice si vedano, senza pretesa di esaustività, M. Ramajoli, *I principi generali*, in *Codice dei contratti pubblici*, a cura di C. Contessa e P. Del Vecchio, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, 45 ss.; M. Renna, *I principi*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, cit., 2 ss.; F. Saitta, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustiziainsieme.it*, 8 giugno 2023; A.M. Chiariello, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Il diritto dell'economia*, 2023, n. 1, 141 ss. Con riguardo allo Schema del Codice si v. M.A. Sandulli, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustiziainsieme.it*, 21 dicembre 2022; L.R. Perfetti, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb e App.*, 2023, n.1, 5 ss.

¹⁰³ Sulla «codificazione per principi» e il legame con la certezza del diritto (anche) nel nuovo codice si v. M.R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in *Codice*

vorire «una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica) in un settore in cui spesso la presenza di una disciplina rigida e dettagliata ha creato incertezze, ritardi, inefficienze».

All'interno del commento all'articolato viene poi chiaramente evidenziato l'intento generale del codice di voler dare, sin dalle disposizioni di principio, «il segnale di un cambiamento profondo» che, fermo restando il perseguimento di ogni forma di irregolarità, miri a «valorizzare [...] la discrezionalità degli amministratori pubblici [...]»¹⁰⁴.

dei contratti pubblici, cit., 49 ss. Sul punto si è soffermata anche la Relazione illustrativa precisando che, nella consapevolezza dei rischi che sono talvolta correlati a un uso inappropriato dei principi generali il Codice ha inteso dare un contenuto concreto e operativo a clausole generali altrimenti eccessivamente elastiche (p.12).

¹⁰⁴ Tale considerazione di carattere generale è stata compiuta nella parte dedicata al commento sull'art. 2 che disciplina il nuovo principio della fiducia e che, secondo quanto delineato nella relazione, costituirebbe «un segno di svolta rispetto alla logica fondata sulla sfiducia (se non sul sospetto) per l'azione dei pubblici funzionari, che si è sviluppata negli ultimi anni, anche attraverso la stratificazione di interventi normativi non sempre coordinati tra loro, e che si è caratterizzata da un lato per una normazione di estremo dettaglio, che mortificava l'esercizio della discrezionalità, dall'altro per il crescente rischio di avvio automatico di procedure di accertamento di responsabilità amministrative, civili, contabili e penali che potevano alla fine rivelarsi prive di effettivo fondamento». Tale concatenazione avrebbe generato – si legge ancora – una «forma di “burocrazia difensiva”, spesso descritta evocando l'efficace immagine del dipendente che ha “paura di firmare”, a causa della quale i funzionari, frenati dal timore delle possibili conseguenze del loro agire, preferiscono astenersi dal farlo, con inevitabile pregiudizio dell'efficienza e, più in generale, del buon andamento dell'azione amministrativa, scaricando sul legislatore o sul giudice la soluzione di problemi che spetterebbe invece alla p.a. affrontare e risolvere (si è parlato efficacemente anche di tendenza ad “amministrare per legge” e “amministrare per sentenza”) [...]». Il principio della fiducia viene inoltre collegato al principio del risultato (c. 2) al fine di evidenziare che la fiducia riconosciuta ai pubblici funzionari non è incondizionata ma costituisce «una sorta di contropartita di ciò che l'ordinamento si aspetta dall'azione amministrativa, ossia la realizzazione del risultato declinato dall'art. 1 [...]». Questa impostazione, che vede al centro la valorizzazione dei poteri discrezionali del funzionario pubblico, è poi inoltre legata alla strategia di superamento della c.d. “paura della firma” che ha trovato concretezza nella nuova formulazione dell'art. 323 c.p. (per come modificato dal d.l. 76/2020). La disposizione ora richiede, ai fini dell'integrazione del reato di abuso d'ufficio, che l'atto sia adottato «in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuano margini di discrezionalità». Sul rapporto del principio della fiducia e la responsabilità dei pubblici funzionari nell'ambito del nuovo Codice si v. M.A. Sandulli, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustiziainsieme.it*, 21 dicembre 2022, secondo cui l'art. 2 mira essenzialmente a tutelare i funzionari pubblici, delimitandone la colpa grave, al fine di contrastare la c.d. “paura della firma”. Per un'analisi del rapporto tra la c.d. paura della firma, la discrezionalità amministrativa e il nuovo principio del risultato si

Nel delineare le fondamenta di questo “cambiamento di rotta”, come anticipato, il d.lgs. n. 36/2023 individua il principio del risultato quale “stella polare” del nuovo approccio.

Il ruolo centrale di questo principio si evince dalla sua collocazione (art. 1); dal fatto che, secondo quanto previsto dall’art. 4, insieme al principio della fiducia e a quello di accesso al mercato, costituisce criterio interpretativo e applicativo di tutte le disposizioni del codice; dal ruolo rivestito quale criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale e per l’individuazione della regola del caso concreto¹⁰⁵.

Tale principio seppur, sino ad ora, non era mai stato positivizzato dal legislatore, non costituisce, tuttavia, un concetto sconosciuto nel panorama giuridico, poiché richiama gli studi sul tema dell’amministrazione di risultato¹⁰⁶.

v. F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023, 4. Sul tema dell’abuso d’ufficio alla luce delle recenti modifiche si v. *ex multis*: R. Ferrara, *Abuso d’ufficio e discrezionalità amministrativa: alle origini del problema*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, n. 1, 1 ss.; S. Villamena, *La riforma dell’abuso d’ufficio: fra attività interpretativa, attività discrezionale e autovincoli amministrativi*, in *Dir. e soc.*, 2021, n. 4, 695 ss.; S. Perongini, *L’abuso di ufficio. Contributo a una interpretazione conforme alla Costituzione. Con una proposta di integrazione della riforma introdotta dalla legge n. 120/2020*, Giappichelli, Torino, 2020.

¹⁰⁵ Cfr. S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza*, in *Dir. e soc.*, 2022, 3, 551 ss.

¹⁰⁶ Come è stato evidenziato, il tema dell’amministrazione di risultato, dopo essere stato a lungo oggetto di studi da parte della dottrina sembrava scomparso dal dibattito scientifico «superato dalle dominanti ansie di “sburocratizzazione” e di semplificazione dell’organizzazione e dell’attività pubblica sospinte dagli impegni richiesti all’Italia dalla UE, in un contesto che continua ad annoverare l’amministrazione pubblica tra le cause d’intralcio allo sviluppo economico e sociale del paese». Così M.R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in *Codice dei contratti pubblici*, cit., spec. 63. Sull’amministrazione di risultato si vedano, senza pretesa di esaustività, G. Guarino, *Quale amministrazione? Il diritto amministrativo degli anni ’80*, Milano, 1985; L. Iannotta, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall’interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, n. 2, 229 ss.; Id., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, n. 1, 57 ss.; R. Ferrara, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla “libertà dall’amministrazione” alla libertà dell’amministrazione*, in *Dir. e soc.*, 2000, n. 1, 101 ss.; A. Romano Tassone, *Sulla formula “amministrazione per risultati”*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Jovene, Napoli, 2001, 813 ss.; Id., *Analisi economica del diritto e “amministrazione di risultato”*, in *Dir. amm.*, 2007, n. 1, 63 ss.; G. Corso, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA*, Giuffrè, Milano, 2002, 107 ss.; Aa.Vv., *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno (Palermo, 27-28 febbraio 2003)*, a cura di M. Immordino e A. Police, Giappichelli, Torino, 2004; M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; Id., *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato*, in *Studi per Franco G. Scoca*, V, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 4845 ss.; Id. *Il principio di buon andamento*, in *Principi e regole dell’azione ammi-*

Come è stato evidenziato, nel corso del tempo, il concetto di “risultato amministrativo” ha assunto significati diversi: è stato prima configurato in termini aziendalistici; poi come soddisfazione materiale della pretesa del cittadino; o come economicità del valore della pretesa del cittadino o come soddisfazione delle pretese giuridicamente fondate; o ancora come presa in considerazione di tutti gli interessi in gioco¹⁰⁷. La poliedricità di tale nozione sarebbe legata alla sua «natura relazionale» essendo il risultato amministrativo «un concetto che muta con il modificarsi del termine di riferimento e dell'iter dal quale scaturisce, di cui lo stesso costituisce, appunto, risultato»¹⁰⁸.

Tuttavia, il codice non richiama il (principio del) risultato in un'accezione generica e indefinita ma lo delinea in termini specifici o, meglio, per richiamare le parole della Relazione Illustrativa, «concreti» e «operativi».

Anzitutto, al primo comma, viene stabilito che le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori perseguono «il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione», con due modalità specifiche: «la massima tempestività e il miglior rapporto possibile qualità e prezzo» e nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza¹⁰⁹.

In altre parole, il risultato viene descritto come “bifasico” poiché inerente sia alla fase dell'affidamento del contratto che a quella dell'esecuzione. Con riferimento alla prima, il risultato si concretizza nella stipula del contratto; mentre nella fase di esecuzione esso si attua con la realizzazione dell'opera, l'espletamento del servizio, il conseguimento della fornitura. Entrambi i risultati devono essere raggiunti con tempestività e perseguendo il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo¹¹⁰.

nistrativa, IV ed., Giuffrè, Milano, 2023, 121 ss.; L. Giani, *L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti*, in *Nuove Autonomie*, 2021, n. 3, 551 ss.

¹⁰⁷ S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza*, in *Dir. e soc.*, 2022, n. 3, 551 ss. Tuttavia, secondo l'A. i dibattiti sull'amministrazione di risultato portati avanti sino ad oggi non sono stati in grado di formulare una visione di insieme del risultato amministrativo.

¹⁰⁸ S. Perongini, *op. cit.*, spec. 555.

¹⁰⁹ Alla concorrenza e alla trasparenza è dedicato il secondo comma dell'art. 1 che prevede che la concorrenza è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti, mentre la trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del Codice. Sul rapporto tra risultato, legalità e norma attributiva del potere si v. S. Perongini, *op. cit.*, spec. 558 e similmente anche M.R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in *Codice dei contratti pubblici*, cit., 49 ss., spec. 68.

¹¹⁰ Cfr. S. Perongini, *op. cit.*, secondo cui in tal modo il risultato diventa elemento della fattispecie normativa, risolvendo ogni possibile dicotomia tra risultato e principio di legalità.

Questo «anelito del legislatore»¹¹¹ – espresso nei termini di un effettivo raggiungimento, senza intralci, dell'aggiudicazione e dell'esecuzione del contratto – secondo quanto previsto dal terzo comma del richiamato art. 1, costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità.

Inteso in tal senso, il principio del risultato implicherebbe la tempestiva presa in considerazione degli interessi, la loro rapida ponderazione e la loro efficace tutela¹¹².

Viene poi specificato che esso deve essere perseguito nell'interesse della comunità e per il perseguimento degli obiettivi dell'Ue.

Questa finalizzazione del risultato all'interesse della comunità e al perseguimento degli obiettivi dell'Ue se, da un lato, potrebbe risultare pleonastica dal momento che ogni amministrazione è tenuta a perseguire oltre all'interesse pubblico a cui è preposta anche l'interesse della comunità e deve farlo in conformità con gli obiettivi europei¹¹³, dall'altro, costituirebbe, insieme ai riferimenti espressi alla «qualità», al rispetto dei principi di «legalità, trasparenza e concorrenza», un utile elemento per prevenire (o almeno temperare) possibili letture distorte del risultato, tese a valorizzarne esclusivamente i legami con la rapidità¹¹⁴ o con l'economicità.

Come puntualmente rilevato, inoltre, il riferimento all'interesse della comunità e agli obiettivi dell'Ue potrebbe essere letto anche come comprensivo di tutti quegli interessi strategici prima espressamente menzionati dall'art. 30 del previgente codice e non richiamati all'interno degli undici articoli ora dedicati ai principi¹¹⁵.

Tale lettura risulta ancor più necessaria alla luce del ruolo che tale principio è chiamato ad assumere nell'esercizio della discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici e che si rifletterà in maniera pregnante nel momento in cui le stesse saranno chiamate a delineare i micro-mercati che sono le singole procedure di aggiudicazione.

¹¹¹ M.R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in *Codice dei contratti pubblici*, cit., 49 ss., spec. 59.

¹¹² Così si v. M.R. Spasiano, *Il principio di buon andamento*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, IV ed., Milano, Giuffrè, 2023, 121 ss., spec. 134.

¹¹³ Cfr. A.M. Chiariello, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Il diritto dell'economia*, 2023, n. 1, 141 ss., spec. 152.

¹¹⁴ Cfr. M.A. Sandulli, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giustiziainsieme.it*, 21 dicembre 2022.

¹¹⁵ Cfr. A.M. Chiariello, *op. cit.*, 152.

3. Considerazioni conclusive: per un approccio “olistico” al principio del risultato

La necessità di utilizzare lo strumento della contrattazione pubblica in un’ottica strategica per garantire tutela anche ai cc.dd. interessi orizzontali (secondari o accessori, rispetto all’interesse realizzativo), dopo un lungo percorso, ha trovato concretizzazione con le direttive del 2014 ed è stata considerata anche all’interno delle successive politiche sovranazionali di sviluppo (come l’Agenda 2030).

Dal quadro delineato è parso chiaro che, su spinta della disciplina Ue, la domanda pubblica abbia dovuto modulare nel tempo le sue caratteristiche essenziali e che, ad oggi, dato il suo rilievo e dati gli effetti “a cascata” che può avere sull’intero mercato, non può esimersi dal ritenere meritevoli di considerazione anche ulteriori interessi non strettamente legati al mercato.

Se nel previgente codice tali interessi avevano trovato espressa “cittadinanza” all’interno dell’art. 30 (che addirittura ne assicurava la garanzia anche in deroga al principio di economicità), nel d.lgs. n. 36/2023, adottato a direttive invariate, tali interessi non vengono richiamati nelle (numerose) disposizioni dedicati ai principi. Non solo ma, come visto, il principio-guida dell’intera disciplina e del potere discrezionale che le amministrazioni aggiudicatrici sono chiamate a esercitare, anche in misura maggiore rispetto al passato, è quello del risultato.

Tale principio, seppur con i temperamenti richiamati che potrebbero impedirne interpretazioni sbilanciate verso il lato della speditezza o dell’economicità in senso stretto, è finalizzato – come è stato evidenziato anche dalla stessa dottrina togata che ha partecipato alla sua redazione – a sgombrare il campo dall’idea che il codice sia teso a «perseguire altre *policies*, pure importanti»¹¹⁶ dal momento che l’interesse primario è quello alla realizzazione dei contratti pubblici con la massima celerità e il miglior rapporto qualità-prezzo.

Da tali premesse, le seguenti considerazioni.

Come è stato correttamente evidenziato¹¹⁷, gli interessi orizzontali devono essere considerati, rispetto all’interesse specifico del contratto (c.d. interesse realizzativo), comunque in una posizione secondaria “orizzontale” o “collaterale”. Da ciò discende che la loro integrazione, per quanto rilevante,

¹¹⁶ Così L. Carbone, *La genesi del nuovo Codice*, in *Codice dei contratti pubblici annotato articolo per articolo*, cit., 11.

¹¹⁷ E. Caruso, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, Napoli, Jovene, 2021, 45.

non può spingersi al punto tale da compromettere l'interesse specifico del contratto.

Ciò per due ragioni. Anzitutto, il fine ultimo della contrattazione pubblica (oggi più chiaro che mai) è quello della realizzazione dell'interesse primario realizzativo e, in secondo luogo, i contratti pubblici non sono (e non dovrebbero essere) l'unico strumento utilizzato dall'ordinamento per garantire obiettivi strategici e sostenibili¹¹⁸.

Tuttavia, a livello di micro-mercato, vi sono casi in cui è il legislatore stesso a far prevalere gli obiettivi di sostenibilità sull'interesse realizzativo come, ad esempio, attraverso le disposizioni che prevedono l'esclusione di quelle imprese che non abbiano rispettato gli obblighi sociali o ambientali previsti dalla legge o dai contratti collettivi.

Vi sono poi casi in cui il legislatore non ne stabilisce la prevalenza *tout court* ma pone delle deroghe a tale possibilità. Si pensi, ad esempio, alla tutela delle PMI (*recte*: alla garanzia del loro accesso al mercato). Lo strumento principale attraverso cui garantire l'effettiva possibilità di accesso e partecipazione al mercato dei contratti pubblici è quello della suddivisione dell'appalto in lotti. In tale ipotesi il legislatore ha stabilito *ex ante* una (almeno parziale) priorità dell'interesse orizzontale rispetto a quello principale-realizzativo: la suddivisione dell'appalto in lotti deve avvenire salvo diversa motivazione (secondo il principio del *divide or explain*)¹¹⁹. Attraverso tale previsione viene così garantito, a livello legislativo, il bilanciamento tra l'interesse realizzativo e quello di dover funzionalizzare la domanda pubblica, così da garantire una più ampia partecipazione di tale categoria di imprese. Il bilanciamento così raggiunto risulta proporzionato anche perché l'interesse primario rimane quello della realizzazione dell'opera e, inoltre, l'accesso delle PMI a tale mercato non deve e non può essere garantito solo attraverso la suddivisione in lotti.

¹¹⁸ Sui rischi derivanti da un'eccessiva funzionalizzazione dei contratti pubblici si v. F. Fracchia e P. Pantalone, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'Agenda ONU 2030*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2022, n. 2-3, 243 ss., secondo cui, nell'ipotesi di una eccessiva funzionalizzazione dei contratti pubblici, «le istituzioni politiche, anziché assumersi la responsabilità (e l'onere) di sviluppare politiche di tutela attraverso l'adozione di specifiche misure di conservazione e tutela ambientale (a volte difficilmente spendibili a livello elettorale perché basate su sistemi di finanziamento tradizionali, prevalentemente contributivi), fanno leva sulle stazioni appaltanti e sugli operatori per ottenere risultati virtuosi. Tutto ciò implica normalmente (o, comunque, nel breve periodo) un maggiore esborso di denaro pubblico che ricade non già sulla fiscalità generale, ma sulla stazione appaltante».

¹¹⁹ Per approfondimenti sul punto sia consentito rinviare a A. Coiante, *L'accesso delle PMI al mercato dei contratti pubblici tra la concorrenza per il mercato e la discrezionalità amministrativa*, cit., spec. 803.

Nell'ipotesi in cui, invece, la legge non definisce l'assetto degli interessi o non legittima espressamente la stazione appaltante a far prevalere gli interessi orizzontali su quello principale, l'integrazione di tali obiettivi è lasciata all'apprezzamento discrezionale della p.a.

Tale apprezzamento discrezionale è oggi guidato, nei termini già descritti, dal principio del risultato.

In questo quadro, non vi sono dubbi sul fatto che le stazioni appaltanti continueranno a inserire considerazioni relative alla sostenibilità con gli strumenti delineati dal codice e ricordati nelle pagine precedenti.

I rischi circa la mancata considerazione di tali interessi potrebbero porsi in tutte quelle ipotesi non delineate esplicitamente dal legislatore e lasciate all'apprezzamento discrezionale delle amministrazioni. Ciò sia per la mancata riproposizione espressa di tali interessi all'interno dei principi che devono guidare l'azione delle pubbliche amministrazioni in tale settore, sia perché, come visto, il principio del risultato lascia poco spazio a funzionalizzazioni in tal senso.

Si potrebbe dunque incorrere nel rischio che le amministrazioni, pur se dotate di maggiori spazi di discrezionalità, potrebbero "adagiarsi" sulla mera positivizzazione normativa e utilizzare strategicamente i contratti pubblici solo recependo quanto espressamente previsto dal codice, rinunciando esse stesse a quei maggiori margini di discrezionalità che il nuovo codice ha inteso riconoscerli¹²⁰.

Dunque, per evitare, da un lato, le richiamate letture distorte del risultato e, dall'altro, per garantire invece che le amministrazioni continuino a operare bilanciamenti che comprendano considerazioni tese a tutelare anche gli altri interessi orizzontali (considerati espressamente meritevoli di tutela dal legislatore e rientranti nelle *policies* sovranazionali), occorrerebbe garantire al risultato un'ottica "olistica"¹²¹ che consenta alle amministrazioni di non (rischiare di) fermarsi alle considerazioni utili unicamente ai singoli processi

¹²⁰ Similmente A. Maltoni, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio "mandatory-rigido" ad uno di tipo "funzionale"?*, in *CERIDAP*, 2023, n. 3, 64 ss., spec. 66. Anche se solo con riferimento ai CAM e alle considerazioni ambientali, secondo l'A., se, da un lato, l'utilizzo di un approccio c.d. *mandatory* «ha il pregio di innalzare il livello di tutela ambientale nei processi di acquisto del settore pubblico, dal momento che le stazioni appaltanti sono obbligate (e non più semplicemente facoltizzate) ad inserire determinati requisiti e criteri ambientali, dall'altro le singole stazioni appaltanti potrebbero limitarsi a recepire i requisiti, le specifiche tecniche prescritte dalla normativa, senza tuttavia introdurre elementi che richiedono ai concorrenti di individuare soluzioni innovative in termini di prodotti e/o di processi, rinunciando, in tal modo, le medesime amministrazioni ad utilizzare gli spazi di discrezionalità che sono loro riconosciuti dall'ordinamento».

¹²¹ Con tale termine si intende richiamare la tipologia di approccio (olistico) che la Com-

di acquisto ma che guardi alla sostenibilità (economica, sociale e ambientale) del lungo periodo.

Ciò in quanto, gli interessi non strettamente economici sono interessi che il mercato, lasciato a sé stesso, difficilmente può riuscire a internalizzare e a proteggere, da qui la necessità di una bilanciata funzionalizzazione della domanda pubblica¹²².

Dunque, per garantire una più ampia considerazione dello sviluppo sostenibile all'interno dei bilanciamenti che le stazioni appaltanti saranno chiamate a svolgere, nonostante la sua assenza all'interno del codice, occorre tenere presente quanto segue.

Anzitutto, come è stato evidenziato dalla miglior dottrina, proprio con riferimento ai principi delineati dal nuovo codice, un bilanciamento tra principi si impone sempre anche quando non espressamente previsto dalla normativa¹²³.

In secondo luogo, il codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152), pur se solo nell'ottica della sostenibilità ambientale, all'art. 3-*quater*, al c. 2, fa riferimento allo sviluppo sostenibile come a un principio applicabile a tutta l'attività amministrativa (anche discrezionale)¹²⁴.

In aggiunta a ciò, come già ricordato, l'art. 1 del nuovo codice ha stabilito che il risultato deve essere perseguito nell'interesse della comunità e in conformità degli obiettivi europei, concetti in cui può senz'altro essere ricompreso il perseguimento dello sviluppo sostenibile.

missione UE ha adottato nei confronti dello sviluppo sostenibile (https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/sustainable-development-goals/eu-whole-government-approach_it).

¹²² Cfr. M. Clarich, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2007, n. 1, 219 ss., spec. 239. Secondo l'A. La casistica dei rapporti tra Stato e mercato è molteplice: il mercato può operare “contro lo Stato” (es. mercato nero), “senza lo Stato” (transazioni non protette né vietate dal diritto), “con poco Stato” (dove lo Stato offre solo gli strumenti di tutela giurisdizionale), “con molto Stato” (mercati sottoposti a regimi pubblicistici autorizzatori), oppure “attraverso lo Stato” (nelle ipotesi di mercati che non potrebbero sussistere senza lo Stato). In quest'ultimo caso il mercato opera attraverso lo Stato e quest'ultimo attraverso il mercato cura un interesse pubblico.

¹²³ M. Ramajoli, *I principi generali*, in *Codice dei contratti pubblici annotato articolo per articolo*, cit., 46.

¹²⁴ In particolare, è previsto che «anche l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione». Vieppiù che la recente modifica costituzionale all'art. 9 Cost., anche se solo con riferimento all'ambiente, ha introdotto il concetto di sostenibilità e di interesse per le future generazioni, prevedendo il dovere della Repubblica di tutelare «l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni [...]».

l'uso strategico dei contratti pubblici e lo sviluppo sostenibile

Un'apertura in tal senso del principio del risultato potrebbe impedirne ulteriori letture distorte e costituire un utile terreno per (continuare ad) orientare la domanda pubblica verso lo sviluppo sostenibile, nell'ottica degli obiettivi e delle politiche sovranazionali.

Abstract

The aim of this paper is to analyse the development of the so-called strategic use of public procurement. Particular attention will be paid to ensuring sustainable development. The aim is to assess the current direction in which the discipline of contracting is developing, in the light of the principle of results set out in the new Public Procurement Code.

