Made available by Hasselt University Library in https://documentserver.uhasselt.be

L'inefficacia del contratto pubblico concluso in violazione dei criteri ambientali minimi (CAM)

Peer-reviewed author version

IURASCU, Aura (2023) L'inefficacia del contratto pubblico concluso in violazione dei criteri ambientali minimi (CAM). In: Giurisprudenza Italiana, 2023 (2) , p. 399 -402.

Handle: http://hdl.handle.net/1942/45228

L’inefficacia del contratto pubblico concluso in violazione dei criteri ambientali minimi (CAM)

Aura Iurascu*

La recente sentenza del Consiglio di Stato sottolinea nuovamente l’obbligatorietà dell’inserimento dei criteri ambientali minimi nella definizione dell’oggetto del contratto di appalto. Il percorso argomentativo circa la rilevanza dei CAM appare in questo caso apprezzabile in quanto ne è derivata non solo la dichiarazione di riedizione della gara di appalto, ma altresì la dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto *medio tempore* stipulato per violazione dell’art. 34, D.Lgs. n. 50/2016.

Premessa

La vicenda qui analizzata, seppur non dissimile nel fatto da altre sottoposte al vaglio del Consiglio di Stato[1], si contraddistingue dalle precedenti per due ordini di ragioni. Dapprima, viene sottolineato a livello processuale l'interesse ad agire in giudizio dal quarto graduato in una gara di appalto. Nel merito, invece, viene dichiarata l'inefficacia del contratto *medio tempore* erroneamente stipulato, data l'assenza dei criteri ambientali minimi per lo specifico settore merceologico.

In breve, il ricorrente in appello (di seguito, 'Pastore') ha impugnato la sentenza emessa dal T.A.R. Puglia con la quale veniva dichiarata l'inammissibilità del suo ricorso avverso l'aggiudicazione di una gara di appalto concernente un servizio di ristorazione in forma di catering. Per le gare di appalto avente ad oggetto il suddetto servizio, erano stati previsti con D.M. 10 marzo 2020 dei criteri ambientali minimi. *Pastore*, all'esito della gara risultava quarto graduato e decideva quindi di impugnare la graduatoria e instava per ottenere la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con l'appaltatore primo classificato. *Pastore* lamentava la violazione del D.M. 10 marzo 2020 e dell'art. 34, D. Lgs. n. 50/2016 in quanto la procedura in questione era stata redatta senza tener conto delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nel predetto decreto ministeriale da doversi obbligatoriamente applicare.

Tuttavia, la questione non veniva analizzata nel merito dal giudice di primo grado. Il T.A.R., con pronuncia di rito, dichiarava il ricorso inammissibile sulla base dell'insussistenza dell'interesse ad agire di *Pastore*.

Tale decisione è stata correttamente riformata in appello dai giudici di Palazzo Spada che, come di seguito verrà illustrato, hanno fornito un interessante percorso argomentativo sia in rito che in merito alla questione.

L'interesse ad agire del quarto graduato e l'impugnazione tempestiva

Nel caso deciso dalla sentenza annotata, il giudice di primo grado ha fondato la sua pronuncia di rito sulla base di due argomentazioni. Innanzitutto il T.A.R. ha sostenuto che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare immediatamente il bando di gara, una volta avvedutosi del mancato rispetto dei CAM, e non all'esito della gara. Inoltre ha sottolineato l'assenza di censure circa il proprio posizionamento in graduatoria, e il conseguente mancato assolvimento dell'onere incombente sul ricorrente di "dimostrare il suo interesse, attuale e concreto a contestare la graduatoria".

Tuttavia in appello tali argomentazioni sono state respinte sulla base del corretto inquadramento giurisprudenziale riaffermato pochi anni addietro dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato[2], dal quale non vi è stato motivo di discostarsi. Il Collegio ha infatti ritenuto che la tempestiva impugnazione del bando di gara sia un'eccezione alla regola di base che prevede normalmente l'impugnazione successiva, ovverosia unitamente, agli atti di cui si fa applicazione (nella specie, l'esito della graduatoria), giacché solo in quel momento la lesione della posizione giuridica soggettiva dell'interessato diventa attuale e concreta. L'eccezionale impugnazione tempestiva trova la sua *ratio* nella immediata lesività della disciplina di gara che diversamente impedirebbe la partecipazione alla gara; nello specifico in caso di clausole escludenti oppure che impediscano la formulazione dell'offerta.

Orbene, la non conformità di un bando di gara ai criteri ambientali minimi non è stata annoverata tra le suddette clausole, non richiedendo pertanto la tempestiva impugnazione. Tale assunto non collide nemmeno con la natura dei CAM, annoverati quali elementi essenziali della gara e non come requisiti di partecipazione alla gara ovvero di esecuzione[3]. Pertanto, gli operatori economici partecipanti alla gara non hanno incontrato alcun impedimento dirimente nella formulazione di un'offerta.

Il Collegio ha altresì sostenuto l'irrilevanza della posizione in graduatoria del ricorrente quarto graduato ai fini dell'impugnazione, giacche' nel caso di specie, egli vantava un interesse strumentale[4] alla riedizione dell'intera gara, e non di sovvertirne l'esito guadagnando posizioni in graduatoria[5].

---

[1] *Ex multis*: Cons. di Stato, Sez. V, 5 agosto 2022, n. 6934; 26 aprile 2022, n. 3197, 3 febbraio 2021, n. 972.

[2] Cons. di Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4, Punto 13 *b) le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo e possono essere impugnate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura*. In letteratura, per uno sguardo complessivo sulla questione, v., di recente, M. Ceruti, *Sull'onere di immediata impugnazione del bando e della lex di gara. Riflessioni a margine della più recente giurisprudenza (sovra)nazionale*, Rimini, 2021.

[3] T.A.R. Lombardia, Milano, Sezione 1, 24 aprile 2020, n. 685. Sulla natura dei CAM vedasi altresì: Lorenzo Cioni "*Criteri ambientali minimi – L'inosservanza dei criteri ambientali minimi è una clausola di esclusione?*" in *Giur. It.*, 2020, 10, 2237 (nota a sentenza).

[4] Secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale ai fini dell'ammissibilità dell'impugnativa nel processo amministrativo è sufficiente l'interesse strumentale del partecipante ad una gara pubblica di appalto ad ottenere la riedizione della gara (*ex multis*, Cons. di Stato, Sez. V, 3 febbraio 2021, n. 972; Sez. III, 22 giugno 2018, n. 3861; Sez. V, 10 febbraio 2015, n. 687; 22 marzo 2012, n. 1641; 20 febbraio 2012, n. 892).

[5] A fronte di questo orientamento giurisprudenziale maggioritario, si dà altresì nota di una giurisprudenza più esigente: Cons. di Stato, Sezione V, 3 maggio 2018, n. 2633 "[...] *alla luce dell'insegnamento giurisprudenziale secondo cui in tanto un "interesse strumentale" potrebbe trovare tutela da parte del giudice amministrativo, in quanto sussistano, in concreto, delle ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta: occorre cioè aver riguardo alla possibilità concreta di vedere soddisfatta la pretesa sostanziale fatta valere (Cons. Stato, III, 5 febbraio 2014, n. 571). Il criterio dell'interesse strumentale va quindi contemperato con le peculiarità della procedura di volta in volta interessata, non potendosi prescindere dalla verifica*

I criteri ambientali minimi quali segmento dell'economia circolare

Nel merito il ricorrente in appello lamentava la mancata applicazione dei CAM settoriali. Più nello specifico, la legge di gara dava rilievo soltanto ad alcuni punteggi aggiuntivi per i servizi migliorativi (5 punti nel caso di utilizzo di prodotti biologici) e non alle specifiche tecniche come previsto dall'art. 34, D. Lgs. n. 50/2016 che richiede l'"inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali". Tale scelta avrebbe dunque potuto far sì che la gara fosse aggiudicata in totale difformità rispetto alla disciplina dei CAM, e relegare un contenuto essenziale della gara (i CAM) alla sola alea delle offerte migliorative.

Con ampi riferimenti ai recenti orientamenti giurisprudenziali e alla dottrina, i giudici hanno nuovamente sottolineato la rilevanza applicativa dei CAM. L'introduzione dei CAM rappresenta infatti l'evoluzione italiana nell'ambito del Piano d'azione nazionale sugli appalti pubblici verdi (*green public procurement* "GPP"), che ha reso l'Italia uno Stato pioniere nell'UE nell'adozione di criteri ambientali obbligatori, a fronte di un sistema europeo dove i criteri GPP vengono ancora applicati su base volontaria.

La scelta dei giudici ha quindi confermato come i CAM abbiano connotato l'evoluzione del contratto di appalto da "mero strumento di acquisizione di beni e servizi a strumento di politica economica: in particolare, come affermato in dottrina, i cc.dd. green public procurements si connotano per essere un 'segmento dell'economia circolare'"[6]. La *ratio* sottostante l'introduzione di CAM obbligatori in determinati settori merceologici indica la volontà della politica nazionale di avere un ruolo incisivo nella riduzione dell'impatto ambientale, nella promozione di modelli di produzione sostenibile e nella diffusione dell'occupazione connessa all'economia 'verde'[7]. Invero, questa scelta va decisamente oltre lo schema originale della disciplina degli appalti pubblici inteso inizialmente a stabilire un set di regole volte a disciplinare il processo di affidamento pubblico; ad oggi, infatti, la normativa aggiunge obblighi in capo alla stazione appaltante circa la protezione dell'ambiente e circoscrivendo la libertà su 'cosa' comprare[8]. L'attenzione ai requisiti ambientali si manifesta sin dal momento della definizione dell'oggetto dell'appalto, rendendo i CAM strumenti attuativi in un'economia circolare[9].

In aggiunta, il Collegio ha osservato che l'affermazione dell'aggiudicatario secondo la quale la propria offerta era in linea con i CAM – seppur la legge di gara non li avesse debitamente previsti-, non equivale a garantire conformità nei risultati della gara, né tantomeno coincide con lo schema normativo. Al contrario, l'offerta dell'aggiudicatario è stata connotata quale "parziale, casuale ed occasionale: ma soprattutto, volontariamente 'concessa' dall'offerente". Questa argomentazione mette ulteriormente in evidenza l'obbligatorietà dei CAM e segna chiaramente una linea di demarcazione tra la rilevanza e necessaria osservanza della legge a fronte di un'opzionale concessione di offerte più sostenibili da parte di un operatore economico partecipante ad una gara ad evidenza pubblica. Ciononostante, non si può non rimarcare che la scelta del Collegio di sentenziare l'offerta dell'aggiudicatario così duramente possa determinare un disincentivo per gli operatori economici che intendono migliorare le proprie competenze rendendole più rispettose dell'ambiente; infatti, laddove non sussiste un CAM settoriale e la legge di gara non richiede né valorizza le offerte più rispettose dell'ambiente, l'eventuale candidato parrebbe non avere alcun interesse a presentare un'offerta più sostenibile.

La dichiarazione di inefficacia del contratto

Il caso qui richiamato rappresenta un passo avanti nell'ambito della disciplina applicativa dei CAM dato

---

dell'esistenza di un'utilità concreta fondante la legittimazione al ricorso [...]".

[6] F. De Leonardis, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale* in M.A. Sandulli e R. De Nictolis *Trattato sui contratti pubblici. Soggetti, qualificazione, regole comuni alla procedura di gara*, Milano, 2019, 193.

[7] Cons. di Stato, Sez. V, 3 febbraio 2021, n. 972; Cons. di Stato, Sez. V, 5 agosto 2022, n. 6934.

[8] Si assiste dunque ad una tendenza sugli appalti pubblici che va da "come comprare" a "cosa comprare". Sul punto: K. Pouliki, *Towards mandatory Green Public Procurement (GPP) requirements under the E.U. Green Deal: reconsidering the role of public procurement as an environmental policy tool*, 28 October 2020 ERA FORUM; P. Kunzlik., *Green Public Procurement– European Law, Environmental Standards and 'What To Buy' Decisions*, Oxford University Press, 30 May 2013; M. Andhov, *Contracting Authorities and Strategic Goals of Public Procurement – A Relationship Defined by Discretion?*, in Bogojevic, Groussot, Hettne, *Discretion in E.U. Public Procurement Law*, Hart Publishing, 2019 e Cons. di Stato, Sez.. V, 3 febbraio 2021, n. 972.

[9] Sul ruolo dei CAM vedasi altresì in dottrina: F. De Leonardis, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale* in M.A. Sandulli e R. De Nictolis *Trattato sui contratti pubblici. Soggetti, qualificazione, regole comuni alla procedura di gara*, Milano, 2019, S. Rossa, Sviluppo sostenibile e appalti pubblici. Sul ruolo degli appalti innovativi come strumento di sostenibilità, *CERIDAP* 4/2022, 63 e segg.; R. Caranta e S. Marroncelli, *Gli appalti pubblici tra mitigazione e resilienza: il contributo del GPP alla lotta contro i cambiamenti climatici*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1, 2021, 83 e segg., spec. 102 e segg.; G. 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; G.F. Licata, *I contratti pubblici come strumento di promozione dell'innovazione*, in *I contratti pubblici: La difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, (a cura di) A Maltoni, 2020; E. Caruso, '*Programmazione, progettazione, definizione dell'oggetto del contratto e interessi orizzontali'* in '*La funzione sociale dei contratti pubblici'*, Jovene, 2020, 209 e segg; G. Franchina, '*Contratti pubblici e criteri ambientali minimi*, in *Ambiente Diritto*, Anno XXII, n. 2/2022; E. Scotti, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Il diritto dell'economia*, anno 65, n. 98, (1 2018); G. Rossi, *Dallo sviluppo sostenibile all'ambiente, per lo sviluppo*, in *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*.

che per la prima volta i giudici hanno disposto insieme alla riedizione della gara anche la dichiarazione l'inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato con l'aggiudicatario, *ex* art. 122 c.p.a. La dichiarazione di inefficacia ai sensi dell'articolo 122 c.p.a. è stata formulata quale aggiuntiva rispetto alle ipotesi tipizzate all'art. 121 c.p.a. Per la prima volta, lo strumento previsto dall'art. 122 c.p.a. è stato utilizzato a favore della sostenibilità. Tanto è utile a dimostrare da un lato, l'incisività della disciplina dell'art. 34, D. Lgs. n. 50/2016 e l'importanza di adottare CAM anche per nuovi settori merceologici, dall'altro l'efficacia dei rimedi a disposizione del giudice amministrativo il quale ha il potere di modulare in concreto l'efficacia della sentenza[10].

Nel caso di specie, il contratto di catering veniva stipulato a settembre del 2021 (prima ancora della pronuncia di inammissibilità in primo grado) ed aveva una durata di 30 mesi. La dichiarazione di inefficacia ha quindi travolto un contratto di cui si dava esecuzione da oltre 12 mesi per nuovamente indire la gara di appalto originariamente viziata. La motivazione fornita dal Collegio si fonda sulla considerazione che l'annullamento della gara era conseguente alla violazione di una normativa posta a presidio di interessi superindividuali, da cui derivava quindi la necessità di tutelare l'interesse pubblico. L'essenzialità della disciplina dei CAM deriva dal suo concretizzare la tutela ambientale quale interesse pubblico di cospicuo rilievo, tanto da incidere su un contratto in corso di esecuzione.

Nonostante l'interessante bilanciamento di interessi, la sentenza non fornisce ulteriori elementi circa la gestione del servizio di catering per il periodo successivo alla pronuncia e fino all'esito della nuova gara indetta. Senz'altro i poteri del giudice amministrativo *ex* art. 122 c.p.a. si estendono in questo senso e ben avrebbero potuto includere una soluzione a quest'ultima questione[11].[12]

In conclusione, è importante ribadire come la sentenza in esame sia il frutto di un'evoluzione giurisprudenziale improntata a dare seguito alla linea già costante in dottrina e nella strategia politica rivolta alla sostenibilità anche attraverso lo strumento dell'appalto pubblico. Ormai, anche l'affermato e peculiare strumento previsto all'art. 122 c.p.a. fornisce al giudice amministrativo sufficiente flessibilità e spazio di manovra per far fronte alle esigenze di transizione verso un'economia circolare, come auspicata anche a livello europeo.

In un contesto europeo che gradualmente inizia a prospettare l'introduzione di criteri GPP obbligatori[13], l'Italia pare aver già trovato nei CAM uno strumento ottimale per garantire il raggiungimento di obiettivi sostenibili negli appalti pubblici.

Tuttavia, data la recente introduzione dei CAM e l'attuale riassetto dell'intero codice degli appalti pubblici, non stupisce la presenza di alcune criticità che senz'altro vedranno nuovamente l'intervento sia del legislatore che del vaglio interpretativo del giudice amministrativo, nell'ottica di una transizione verso un'economia circolare.

---

[10] Sul punto "*una volta ammessa in linea di principio la possibilità per il giudice amministrativo di modulare l'efficacia della sentenza, nella speciale materia di contratti pubblici, caratterizzata dalla peculiare disciplina di cui agli artt. 121 e 122 del c.p.a., non può escludersi che tale facoltà includa, ex art. 34 lett. "e del c.p.a., anche quella di disporre opportunamente circa la sorte del contratto, coordinandone l'inefficacia con l'obbligo di ripetizione del procedimento di gara (in tutti quei casi nei quali il giudizio non si concluda con una pronuncia di aggiudicazione o di subentro del ricorrente vittorioso),quando gli interessi dedotti in giudizio (come accade nel caso di specie), lo richiedano*" T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-*bis*, 11 febbraio 2021, n. 1737. Il principio viene sviluppato sulla base di Cons. di Stato, Ad. plen., 22 dicembre 2017, n. 13.

[11] Si veda ad esempio come nel caso di appalti aventi ad oggetto una particolare importanza sociale (assistenza a persone svantaggiate), il giudice amministrativo ha disposto la decorrenza dell'inefficacia, la salvezza degli effetti delle prestazioni rese nel frattempo e l'adozione di misure necessarie ad assicurare la continuità del servizio: T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-*bis*, 11 febbraio 2021, n. 1737.

[12] Sul potere del giudice amministrativo ex. artt. 121 e 122 di limitare l'inefficacia di un contratto in corso di esecuzione, è stato affermato che "*qualora venga dichiarata l'inefficacia del contratto spetta al giudice fissare la sua decorrenza, tenuto conto degli interessi delle parti e della ragionevole durata del tempo intercorso tra l'atto illegittimo e la sua rimozione*" in Cons. di Stato, Sez. III, 17 ottobre 2017, n. 4797.

[13] Vedi artt. 4 e 58 della Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce il quadro per l'elaborazione delle specifiche di progettazione ecocompatibile dei prodotti sostenibili e abroga la Dir. 2009/125/ COM (2022)142 finale, 2022/0095 (COD), Brussels, 30 marzo 2022, e anche, Commissione Europea, *On making sustainable products the norm*, Brussels, 30 marzo 2022, COM (2022)140 finale.