

Appalti per l'innovazione: principi e regole di sostenibilità

di Carla Maria Saracino

SOMMARIO. 1. Contratti di sviluppo, partenariato per l'innovazione e appalti pre-commerciali. Un discrimen. – 2. Linee guida europee e normativa nazionale: verso un quadro sistemicamente condiviso. – 3. I contratti per lo sviluppo sostenibile: quale sviluppo?. – 4. Il contratto “sostenibile” nella dimensione della causa ecologico-sociale. – 5. Soft law o regole certe? La necessità di coordinate meno “leggere”

1. *Contratti di sviluppo, partenariato per l'innovazione e appalti pre-commerciali. Un discrimen*

Transizione ecologica e transizione digitale rappresentano una trasformazione significativa dell'ordinamento giuridico e sociale, su cui la contrattazione pubblica incide, consentendo il perseguimento di obiettivi di ricerca e innovazione.

Il modello di sviluppo costituito dalla transizione ecologica trova regolamentazione in un complesso di atti di programmazione che si collocano nel contesto europeo, oltre che nazionale.

La legislazione europea indica, in particolare, quali strumenti utili all'innovazione attraverso gli appalti pubblici, il partenariato per l'innovazione, disciplinato all'art. 31 della dir. 2014/24/UE e all'art. 49 della dir. 2014/25/UE, nonché in Italia all'art. 75 del Codice dei contratti pubblici decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (d'ora in avanti Codice) e il differente strumento definito come appalto pre-commerciale, noto con l'acronimo PCP, dalla denominazione in inglese di *pre-commercial procurement* e disciplinato dall'art. 135, co. 1 e 2 del d.lgs. n. 36/2023¹.

Nell'ambito dei contratti relativi a servizi di ricerca rientrano i progetti legati allo sviluppo di soluzioni di innovazione tecnologica.

Segnatamente, essi si realizzano mediante contratti di appalto di servizi (di ricerca) per lo studio di una data innovazione, consistente nello

¹ Già con la Comunicazione COM (2006) 502 def «Mettere in pratica la conoscenza: un'ampia strategia dell'innovazione per l'UE» si sottolineava l'importanza degli appalti pubblici e dei contratti di ricerca e sviluppo per accrescere la capacità di innovazione dell'Unione europea, migliorando qualità ed efficienza nei servizi pubblici.

sviluppo sperimentale della stessa.

Tali contratti hanno la finalità di acquisire una determinata attività intellettuale, senza alcun obbligo di risultato, mediante la realizzazione di una serie sperimentale, al fine di testarne l'idoneità e di verificare il valore del prototipo rispetto agli obiettivi dell'attività di ricerca.

Ciò premesso, la disciplina giuridica dei servizi di ricerca e sviluppo tecnologico ha trovato, finora, diffusione, oltrechè in ambito civile, anche nel settore della difesa² ed è risultata caratterizzata dall'integrazione sistematica di numerose fonti normative, regolamentari e di c.d. *soft law*.

Per limitarsi a pochi esempi concreti, è possibile ricordare la stipulazione di contratti relativi a servizi di ricerca tecnologica per lo sviluppo di sistemi di mobilità urbana sostenibile mediante l'uso dei *big data*, sistemi contrattuali relativi a servizi di ricerca per l'implementazione di *check up* sanitari a domicilio controllati da remoto per ridurre tempi e costi della degenza, la predisposizione di servizi sul ciclo dei rifiuti idonei a eliminare i conferimenti in discarica, i contratti stipulati con finalità di finanziamento della ricerca e di promozione dello sviluppo tra operatori privati e l'Agenzia spaziale italiana.

In tutti questi casi, l'approccio innovativo alla contrattualistica pubblica non riscontra semplicemente il singolo fabbisogno, ma si caratterizza quale strumento di *policy*, utilizzato per conseguire obiettivi di sostenibilità e tutela ambientale.

² Con riferimento alla diffusione di strumenti di *procurement* dei servizi di ricerca e sviluppo tecnologico all'esito dell'esame della normativa vigente in ambito nazionale, e in particolare del «Codice dei contratti pubblici» di cui al d.lgs. n. 50/2016 e delle leggi speciali relative ai «servizi di ricerca» nel settore della difesa di cui al d.lgs. n. 208/2011, può evidenziarsi che, a legislazione vigente, il *procurement* dei servizi di R&T e R&S e la relativa gestione del «Piano nazionale della ricerca in campo militare», prevedono la non esclusività dell'utilizzo dei risultati e il cofinanziamento dell'attività di ricerca e sviluppo tecnologico, e scontano la mancanza di una specifica procedura di evidenza pubblica, e ciò sia nel caso dei «servizi di ricerca duali, aventi connotazione più spiccatamente civile, sia in quello dei servizi di ricerca di natura specificatamente militare.

Il rapporto tra contratti pubblici e innovazione, peraltro, non può ritenersi esaurito all'interno delle esclusive vicende proprie alla pubblica amministrazione, incidendo considerevolmente sulla struttura dell'offerta privata. In questa prospettiva, l'intervento pubblico nell'economia torna ad assumere una rinnovata centralità, non attraverso l'attività di impresa pubblica, quanto piuttosto con l'opportuna gestione di una domanda pubblica che vale a indirizzare l'iniziativa privata verso l'innovazione, la sostenibilità, l'integrazione sociale, contribuendo così a qualificarne i relativi contenuti. Si v. M. MAZZUCCATO, *The Entrepreneurial State. Debunking Public vs. Private Sector Myths*, London, 2014; S. VALAGUZZA, *Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli, 2018; Con riferimento alla contrattualistica dell'innovazione in ambito sanitario si v., principalmente, L. GIANI, *Spunti per la costruzione di una "cultura dell'innovazione" negli appalti in sanità*, in *Nuove aut.*, 2018, 205, ss., 216 ss.

L'analisi del dato normativo di riferimento non può che prendere le mosse dal «considerando 35» della direttiva 2014/24/UE, secondo il quale è opportuno incoraggiare il cofinanziamento di programmi di ricerca e sviluppo da parte di fonti del settore industriale.

E', pertanto, opportuno precisare che la presente direttiva si applica solo in assenza di tale cofinanziamento e qualora i risultati delle attività di ricerca e sviluppo siano destinati all'amministrazione aggiudicatrice interessata.

Ciò avviene nel settore della contrattualistica per lo sviluppo sostenibile, configurato dal 1 comma dell'art. 135 del d.lgs. n. 36/2023 con riferimento ai contratti che riguardano operazioni economiche mediante le quali un soggetto affida a un altro soggetto l'incarico di svolgere un'attività di ricerca più o meno complessa, senza vincolo di subordinazione e in cambio di un corrispettivo.

L'assenza di un assetto regolamentare proprio dei contratti di ricerca e sviluppo e la riconducibilità di essi nell'alveo dei contratti "atipici" non preclude di considerare come gli stessi siano assorbibili nella commistione tra il tipo contrattuale dell'appalto, del contratto d'opera e del contratto di lavoro subordinato.

In tale ambito, occorre distinguere tra i contratti individuati dal comma 1 dell'art. 135 che risultano sottoposti all'applicazione delle disposizioni del Codice degli appalti e gli appalti pre-commerciali di cui al secondo comma, che, pur non soggiacendo alla disciplina codicistica, sono comunque conformati dai principi di cui all'art. 4 del Codice.

Le prerogative dei contratti di cui al primo comma dell'art.135 del Codice, sono, pertanto, individuabili nel fatto che i risultati della ricerca debbono appartenere esclusivamente all'amministrazione aggiudicatrice e la prestazione del servizio deve essere interamente retribuita da quest'ultima³.

Le attività che possono essere ad essi ricondotte sono l'attività di ricerca pura, l'elaborazione di soluzioni, la messa a punto di prototipi fino allo sviluppo iniziale di quantità limitate di prodotti o servizi in forma di serie sperimentali.

La previsione del pagamento del corrispettivo dei servizi di ricerca e sviluppo interamente ed esclusivamente in capo all'amministrazione, ai fini dell'assoggettabilità della procedura di scelta del contraente

³ Si v. Direttiva 2014/24/UE, art. n. 14.

all'evidenza pubblica pone, peraltro, le due prestazioni in rapporto di corrispettività e determina, conseguentemente, il rinvenimento in capo alla pubblica amministrazione, in via esclusiva, dei risultati che da tale ricerca dovessero conseguire⁴.

La disciplina dell'appalto pre-commerciale, delineato dal comma 2 dell'art. 135 d.lgs. n. 36/2023 non trova, invece, una norma di riferimento nelle richiamate direttive, rinvenendosi, peraltro, nel considerando 47 della dir. 2014/24/Ue, una espressa esclusione dall'ambito di applicazione della disciplina medesima.

L'istituto è, fondamentalmente, caratterizzato dal fatto che il suo campo di applicazione risulta, di fatto, limitato ai servizi di ricerca e sviluppo in relazione all'elaborazione di soluzioni assolutamente sperimentali e innovative.

In secondo luogo, l'appalto pre-commerciale implica un regime di condivisione dei rischi e dei benefici, per cui l'acquirente pubblico non riserva al suo uso esclusivo i risultati delle attività di ricerca.

Le autorità pubbliche e le imprese condividono i rischi e i benefici delle attività di ricerca e sviluppo, necessarie all'elaborazione di soluzioni innovative, più efficienti e diverse da quelle disponibili sul mercato, soprattutto in relazione all'adeguatezza della soluzione proposta a soddisfare, in concreto, le esigenze dell'amministrazione e a preservare, in un contesto più ampio, la sostenibilità ambientale dei processi attivabili.

Il terzo carattere fondamentale, infine, è strettamente collegato all'esenzione dall'applicazione delle direttive appalti e alla necessità di assicurare che lo strumento non diventi, tuttavia, un mezzo per violare le regole della concorrenza nel mercato.

Ciascuno dei tre caratteri delineati determina conseguenze sulle potenzialità applicative dello strumento e sulla sua *vis expansiva*.

A differenza del partenariato per l'innovazione, l'appalto pubblico

⁴ Invero, in altri Stati europei si è guardato al modello statunitense, scegliendo di concedere i diritti di proprietà intellettuale agli appaltatori, tranne che nei casi in cui il mantenimento degli stessi in capo all'amministrazione sia giustificato dal preminente interesse governativo. Tra le giustificazioni addotte a sostegno del modello statunitense, vi è la necessità di attribuire una ricompensa agli innovatori affinché investano in ricerca e sviluppo. Si v. M. CLARICH, *Istituzioni, nuove tecnologie, sviluppo economico*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 75 ss.

pre-commerciale⁵ non costituisce uno strumento per l'acquisto di forniture, servizi e lavori, bensì si configura, più propriamente, come una modalità di finanziamento della ricerca e dell'innovazione.

In ogni caso, il fatto che il 2 co. dell'art. 135 rimandi al rispetto dei principi di cui all'art. 4 del Codice rende ragione della pervasività dei principi di "economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica", la cui applicazione è irrinunciabile per rendere possibile una contrattualistica sostenibile.

La scissione tra il momento dell'elaborazione finanziata delle soluzioni e il momento dell'eventuale commercializzazione determina, tuttavia, la necessità che siano regolamentate in maniera chiara le clausole dei contratti *medio tempore* stipulati e attinenti alla ricerca che, intesa come "prestazione senza produzione", non può essere misurata esattamente in termini di *output*⁶.

2. *Linee guida europee e normativa nazionale: verso un quadro sistemicamente condiviso*

Tale quadro regolatorio di contrattazione sostenibile trova il proprio *humus* integrato nel contesto eurounitario in cui assumono rilievo prioritariamente, a tutela complessiva degli ecosistemi, le linee di indirizzo e gli obiettivi programmatici individuati dall'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile.

Quest'atto di programmazione delinea un programma di azione che implica il raggiungimento di una serie di obiettivi di sviluppo che valorizzano il ruolo della contrattazione tra imprese nelle forme del partenariato

⁵ Si v. Comunicato del Presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione del 9 marzo 2016 in ordine all'ambito applicativo degli appalti pubblici pre-commerciali e disciplina di riferimento. Si v. www.anticorruzione.it

⁶ M. GRANIERI, R. PARDOLESI, *L'amministrazione diversamente pubblica e la selezione del contraente. Il nodo dei contratti di ricerca, sviluppo e trasferimento di tecnologia* in *Merc. Conc. reg.*, 2020, 281 ss. a commento di T.A.R. Lombardia, sez. I, 13 marzo 2020, n. 1006. Secondo gli A., "lo sforzo a cui i decisori pubblici sono chiamati è evidentemente anche quello di "progettazione e proposta di regole nuove, coerenti con i principi generali di ispirazione eurounitaria, ma capaci di creare le condizioni di proficue collaborazioni di ricerca, sviluppo e trasferimento tecnologico"

pubblico-privato, al fine del raggiungimento di obiettivi di tutela prioritaria della bio-diversità.

Assume rilevanza centrale, ai fini della presente trattazione, l'Accordo⁷, adottato a termine della Conferenza di Parigi del 2015, avente rilievo quale strumento giuridicamente vincolante nel quadro della Convenzione sul clima, funzionale a tracciare una linea di sviluppo orientata verso il rispetto di *standards* ecologici e preordinata a vincolare tutti i Paesi a ridurre le proprie emissioni di gas serra e a perseguire l'obiettivo di limitare il riscaldamento medio globale, anche tramite l'inserimento di clausole contrattuali idonee a scolpire le pratiche commerciali in tale direzione.

Una nozione di sviluppo decisamente innervata da principi di imperatività e priorità delle istanze "ecologiche" emerge, inoltre, dagli atti della Comunicazione della Commissione europea del 2019 nota come *Green New Deal*⁸, idonei a far emergere una linea evolutiva verso uno sviluppo

⁷ Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, Report della Conferenza delle Parti tenuta a Parigi dal 30 novembre al 13 dicembre 2015, decisione n. 1/CP.21, «Adozione degli Accordi di Parigi»: <https://unfccc.int/sites/default/files/resource/docs/2015/cop21/eng/10a01.pdf>. Per quanto concerne l'adattamento ai cambiamenti climatici, sulla base di tale Accordo, tutti i Paesi devono elaborare, presentare e aggiornare a scadenze regolari strategie e misure di adattamento e ogni Paese può definire autonomamente il momento e la forma della presentazione a livello internazionale, dovendo, conclusivamente stilare un rapporto periodico sulle misure di adattamento. L'accordo rafforza i meccanismi esistenti di prevenzione e riduzione delle perdite e dei danni con l'obiettivo comune dei Paesi industrializzati di mobilitazione dei fondi necessari e degli investimenti finalizzati al finanziamento climatico internazionale. Gli impegni di riduzione assunti conformemente all'Accordo di Parigi sono attuati nella legislazione nazionale in materia di clima. Si consideri, inoltre, *Ricerca e innovazione nell'economia blu per creare occupazione e crescita, Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 settembre 2015 sulla valorizzazione del potenziale della ricerca e dell'innovazione nell'economia blu per creare crescita e posti di lavoro* (2017/C 316/06).

⁸ Comunicazione della Commissione europea, *Green Deal* europeo, COM(2019) 640 final, 11 dicembre 2019. Si v., significativamente, Regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 2021 che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (CE) n. 401/2009 e il regolamento (UE) 2018/1999. «Nell'ambito del *Green Deal* la Commissione intende riorientare il processo di coordinamento macroeconomico del semestre europeo per integrarvi gli obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite, al fine di porre la sostenibilità e il benessere dei cittadini al centro della politica economica e rendere gli obiettivi di sviluppo sostenibile il fulcro della definizione delle politiche e degli interventi dell'UE» (par. 1). Il «Patto Verde» interviene, peraltro, a tutela della biodiversità, al fine di preordinare ad essa l'efficientamento energetico, la

che può dirsi sostenibile solo se e in quanto fondato sulla prioritaria salvaguardia dell'esistenza del pianeta e degli ecosistemi e tale da consentire, in quanto compatibile, il raggiungimento di specifici obiettivi di ripresa e resilienza.

Il Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 assumono un ruolo di rilevante interesse, in tale percorso evolutivo, in quanto precisano l'imprescindibilità di riforme e investimenti in tecnologie, a tutela della biodiversità, dell'efficienza energetica, degli ecosistemi.

Anche il lessico utilizzato nei più recenti atti di programmazione rende ragione di un cambiamento ontologico delle priorità di intervento e degli obiettivi.

La dizione "ambiente" lascia significativamente spazio a una terminologia propria di ambiti di indagine aventi radice nelle scienze biologiche e nelle teorizzazioni sui sistemi complessi e adattativi⁹.

La dizione "ecosistema" che, invece, trova spazio nei recenti atti di

rigenerazione urbana, i trasporti e la mobilità sostenibile, le modalità di incidenza della contrattualistica pubblica, avendo come asse di riferimento prioritario la neutralità climatica del continente entro il 2050.

⁹ La letteratura sui sistemi complessi è copiosa. Si v. R. LEWIN, *Complexity – Life on the edge of chaos*, Phoenix, 1993; C.S. BERTUGLIA, F. VAIO, *Non linearità, caos, complessità. Le dinamiche dei sistemi naturali e sociali*, Torino, 2003; G. BATESON, M.C. BATESON, *Dove gli angeli esitano*, Milano, 2002, 233 ss., 240, per un concetto biologico, algoritmico della dinamica ordine-disorganizzazione-organizzazione. Si v., inoltre, H.A. SIMON, *The Architecture of Complexity: Hierarchic Systems*, in *Proceedings of the American Philosophical Society*, vol. 106, 1962, 467 ss.; ID., *The Organization of Complex Systems*, in H.H. PATTEE (ed.), *Hierarchy Theory: The Challenge of Complex Systems*, New York, 1973, 1 ss.; R.V. O'NEILL, *Perspectives in Hierarchy and Scale*, in J. ROUGHGARDEN, R.M. MAY, S.A. LEVIN (eds.), *Perspectives in Ecological Theory*, Princeton, 1989, 140 ss.; M. GIAMPIETRO, *Using Hierarchy Theory to Explore the Concept of Sustainable Development*, in *Futures*, vol. 26, 1994, 616 ss.; J. WU, O.L. LOUCKS, *From Balance of Nature to Hierarchical Patch Dynamics: A Paradigm Shift in Ecology*, in *Quarterly Review of Biology*, vol. 70, 1995, 439 ss.; V. AHL, T.F.H. ALLEN, *Hierarchy Theory: A Vision, Vocabulary, and Epistemology*, New York, 1996; D. PUMAIN (ed.), *Hierarchy in Natural and Social Sciences*, Dordrecht, 2006; T.H.F. ALLEN, *Hierarchy Theory in Ecology*, in S.E. Jørgensen (ed.), *Ecosystem Ecology*, Amsterdam, 2009, 114 ss.; T. DIEFENBACH, *Hierarchy and Organisation: Toward a General Theory of Hierarchical Social Systems*, London, 2013; T.H.F. ALLEN, T.B. STARR, *Hierarchy: Perspectives for Ecological Complexity*, 2nd ed., Chicago, 2017. In ambito giuridico, questa nozione di gerarchia è ampiamente utilizzata e lumeggiata in M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007.

programmazione è maggiormente legata alle componenti biologiche, intendendo, *rectius*, abbracciare la complessa sinergia tra natura e istanze socio-economiche, che non può prescindere dalla convergenza e dall'integrazione tra più poli di interesse.

L'attuale costruzione dello sviluppo sostenibile nell'ordinamento europeo riduce, pertanto, lo spazio di prevalenza degli interessi economici su quelli ambientali e sociali, riconoscendo il necessario coordinamento tra essi e presupponendo che il raggiungimento di obiettivi economici sia possibile solo in second'ordine e a costo di preservare l'inclusione sociale e l'equilibrio della biodiversità, secondo una visione in cui scompare la soggezione dell'ambiente all'uomo e in cui viene meno l'alienità tra uomo ed ecosistema¹⁰.

La primazia ecologica che il *Green Deal* afferma, implicitamente, accetta che, ove occorra scegliere¹¹ tra la salute degli ecosistemi e la sostenibilità dello sviluppo economico, debba prevalere¹² l'integrità ecologica rispetto alle dinamiche di funzionamento del mercato, inevitabile al fine di preservare la stessa esistenza dei viventi.

Da tale disamina deriva l'evidenza di un impegno orientato prioritariamente verso postulati *stricto sensu* difensivi della sopravvivenza dell'esistente, sulla base di strumenti, da un lato, preventivi e precauzionali;

¹⁰ Si v. M. MONTEDURO, *Ius et rus: l'importanza dell'agroecologia per il diritto*, in *Riv. Quad. dir. amb.*, 2019, secondo cui è decisivo, per cogliere la portata rivoluzionaria dell'approccio agroecologico al rapporto uomo/terra, "un'inversione della polarità soggetto/oggetto" che muova dalle categorie di pensiero dell'ecologia e da quelle in ordine alla "vita in senso bio/ecologico e di ecosistema". L'A. rileva, come nella gerarchia biologica ed ecologica, ciascuno di tali livelli di organizzazione della vita biologica viene considerato un «sistema vivente» e l'essere umano, inteso come *organismo* individuale vivente non si colloca affatto al vertice, bensì solo nella metà bassa della scala gerarchica dei *sistemi viventi*. Ne deriva che, assumendo le categorie di pensiero bio/ecologiche, *i sistemi ecologici sono ad esistenza indisponibile per l'uomo*, sul piano delle leggi naturali, perché l'uomo non può distruggerli o danneggiarli senza contemporaneamente annichilire anche se stesso o degradare la sua qualità di vita. Da tale prospettiva l'A. fa derivare la disarticolazione dello schema di sovraordinazione dell'uomo rispetto alle altre componenti viventi dell'ecosistema naturale.

¹¹ E. CHITI, *In motu. L'Unione europea e la costruzione giuridica della sostenibilità*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Atti del Convegno, 28 gennaio 2022.

¹² M. MONTEDURO, *Riflessioni sulla 'primazia ecologica' nel moto del diritto europeo (anche 221 alla luce della riforma costituzionale italiana in materia ambientale)* in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Atti del Convegno, 28 gennaio 2022.

dall'altro, la delineazione di prospettive di sviluppo, secondo una logica volta ad una valorizzazione di meta-obiettivi incentivanti. Gli atti giuridici programmatici e le Comunicazioni delle istituzioni europee hanno delineato la disciplina in materia ed è stata configurata, inoltre, una specifica regolamentazione di dettaglio nella direttiva sugli appalti pubblici 2014/24/UE.

In particolare, al considerando 47, si sottolinea che «la ricerca e l'innovazione, comprese l'ecoinnovazione e l'innovazione sociale, sono uno dei principali motori della crescita futura dell'Unione e sono state poste al centro della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva». Ciò conferma l'interesse per un'indagine sul ruolo che la contrattazione pubblica riveste nella realizzazione degli obiettivi di sostenibilità definiti dagli atti di programmazione europei, in parte divenuti vincolanti a livello nazionale con l'adozione del PNRR. In relazione alle procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, anche solo parzialmente, con le risorse previste dal PNRR e dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea, il d.l. 31 maggio 2021 n. 77 conv. nella l. 29 luglio 2021 n. 108 aveva previsto, infatti, peraltro, una significativa accelerazione e una maggiore flessibilità delle procedure sia nella fase di affidamento che nella fase esecutiva.

3. I contratti per lo sviluppo sostenibile: quale sviluppo?

La disamina delineata rende ragione della rilevanza di schemi contrattuali adeguati agli obiettivi dello sviluppo sostenibile ed eco-sistemico.

La stessa nozione di sviluppo pare, tuttavia, di sfuggente categorizzazione, tanto più ove qualificata con l'attributo della sostenibilità¹³, sì da

¹³ Sullo sviluppo sostenibile si cfr., con riferimento alla letteratura in lingua italiana, F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010; ID., *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2010, 13 ss.; ID., *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, 5^a ed., Torino, 2021, 181 ss.; A. MAESTRONI, *La dimensione solidaristica dello sviluppo sostenibile: dal quadro sovranazionale alle decisioni della Corte Costituzionale*, Milano, 2012; C. VIDETTA, *Lo sviluppo sostenibile. Dal diritto internazionale al diritto interno*, in R. FERRARA, C.E. GALLO (a cura di), *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, vol. I del *Trattato di diritto dell'ambiente* diretto da R. FERRARA e M.A. SANDULLI, Milano, 2014, 221 ss.; S. LANDINI, *Clausole di sostenibilità nei contratti tra privati*.

individuare un binomio che esprime una percezione inevitabilmente relativa e soggettiva della soglia del sostenibile, suscettibile di essere elevata a seconda del bilanciamento tra la necessità di un'azione a tutela dell'ambiente in senso stretto e di una pro-azione e valorizzazione dell'ambiente in senso ampio, comprensivo di dinamiche etero-ordinate di matrice sociale.

Il ruolo della contrattazione pubblica, pertanto, affonda le radici in un terreno malfermo e governato, da un lato, dall'immediatezza degli interessi degli operatori economici e dalla tenuta del sistema sociale; dall'altro, da dichiarazioni di intenti, linee guida, raccomandazioni preordinate alla prevenzione dell'equilibrio eco-sistemico.

In particolare, la contrattazione pubblica riveste un interesse centrale in ordine all'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile delle Nazioni Unite che, delineando un programma di azione che implica il raggiungimento di una serie di obiettivi di sviluppo sostenibile¹⁴,

Problemi e riflessioni, in *Dir. pubbl.*, 2015, 611 ss.; E. FREDIANI, *Il paradigma trasversale dello sviluppo sostenibile*, in *Dir. econ.*, 2015, 49 ss.; ID., *Lo sviluppo sostenibile: da ossimoro a diritto umano*, in *Quad. cost.*, 2017, 626 ss.; M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi «ecologica» del contratto*, in *Persona e mercato*, 2015, 37 ss.; ID., *La “sostenibilità ambientale” nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello “sviluppo umano ed ecologico”*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, n. 3/2020, 4 ss.; ID., *Economia circolare e diritto: ripensare la “sostenibilità”*, in *Persona e mercato*, 2021, 711; D. PORENA, *Il «rango» del principio dello sviluppo sostenibile nella gerarchia delle fonti del diritto: norme pattizie, consuetudini internazionali ed art. 10 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 2016; G. ROSSI, *Dallo sviluppo sostenibile all'ambiente per lo sviluppo*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2020, 4 ss.; S. PEDRABISSI, *Sviluppo sostenibile: l'evoluzione giuridica di un concetto mai definito*, in *Revista Ibérica Do Direito*, 2021, 133 ss.; M. GIORGIANNI, *Il contratto «sostenibile». Riflessioni attorno a una categoria controversa*, in *Comp. Dir. civ.*, 2021, 755 ss.; M. CIAN, *Principi dell'ordinamento giuridico-economico e sviluppo sostenibile in Italia e Austria*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2022, 100 ss.; con riferimento alla letteratura in lingua straniera si v. , per tutti, L.A. AVILÉS, *Sustainable Development and the Legal Protection of the Environment in Europe*, in *Sustainable Development Law & Policy*, vol. 12, Is. 3, 2012, 29 ss.; C. VOIGT, *The Principle of Sustainable Development: Integration and Ecological Integrity*, in ID. (ed.), *Rule of Law for Nature: New Dimensions and Ideas in Environmental Law*, Cambridge, 2013, 146 ss.; J.C. DERNBACH, F. CHEEVER, *Sustainable Development and Its Discontents*, in *Transnational Environmental Law*, vol. 4, Issue 2, 2015, 247 ss..

¹⁴ Un legame tra contrattazione pubblica e obiettivi di sviluppo sostenibile è enucleato, con riferimento anche ad una prospettiva comparata, in v. A. LA CHIMIA, *Appalti e sviluppo sostenibile nell'Agenda 2030*, in L. FIORENTINO, A. LA CHIMIA (a cura di), *Il Procurement delle pubbliche amministrazioni. Tra innovazione e sostenibilità*, Bologna, 2021, 73 ss.; con riferimento agli obiettivi delineati dall'Agenda 2030 si v. Risoluzione adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, n. A/RES/70/1 del 25 settembre 2015,

fonda la rilevanza della contrattazione e del partenariato pubblico-privato quali strumenti privilegiati per la realizzazione di opere, l'esternalizzazione di compiti e ancor più per l'individuazione di soluzioni al servizio dell'innovazione.

Gli stessi contratti pubblici, alla luce della programmazione dell'Agenda 2030, devono essere orientati alla promozione ed attuazione di pratiche sostenibili, in conformità alle politiche e priorità nazionali¹⁵.

Gli Stati sono coinvolti nell'adottare atti di indirizzo e nell'adeguare gli strumenti della contrattazione pubblica al perseguimento di obiettivi di tutela della biodiversità.

Lo sviluppo, definito sostenibile nel Rapporto *Brundtland*, è, infatti, inteso come «sviluppo che soddisfa i bisogni del presente

«*Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile*» in <https://unric.org/it/wp-content/uploads/sites/3/2019/11/Agenda-2030-Onu-italia.pdf>. Ad esempio, l'obiettivo n. 4 ("Fornire un'educazione di qualità, equa ed inclusiva, e opportunità di apprendimento per tutti") "può essere perseguito tramite il potenziamento di strutture funzionali all'istruzione che siano sensibili ai bisogni dell'infanzia, delle disabilità e alla parità di genere" rispetto ai quali la contrattazione pubblica svolge un ruolo centrale. L'obiettivo n. 9 in ordine alla costruzione di infrastrutture resilienti e di una industrializzazione equa, responsabile e sostenibile richiede di "sviluppare infrastrutture di qualità, affidabili, sostenibili e resilienti per supportare lo sviluppo economico e il benessere degli individui, con particolare attenzione ad un accesso equo e conveniente per tutti" (obiettivo n. 9.1). Rispetto all'obiettivo n. 11 si rivela necessario "garantire a tutti l'accesso a un sistema di trasporti sicuro, conveniente, accessibile e sostenibile". A livello nazionale, a seguito dell'adesione all'Agenda 2030, il CIPE (oggi significativamente rinominato "CIPESS", ovvero Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica e lo Sviluppo Sostenibile) ha adottato la Strategia Nazionale per lo Sviluppo Sostenibile (SNSvS), posta sotto la direzione del Ministero dell'ambiente come "aggiornamento della precedente Strategia d'azione ambientale per lo sviluppo sostenibile in Italia 2002-2010". Con la direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri il 16 marzo 2018 sono stati adottati "Indirizzi per l'attuazione dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite e della Strategia nazionale per lo sviluppo sostenibile", in base ai quali il Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica della Presidenza del Consiglio dei ministri predispone la relazione annuale sull'attuazione della SNSvS e sul raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile sottoscritti dall'Italia.

¹⁵ La sostenibilità può essere, a sua volta, un obiettivo per gli stessi contratti pubblici. In particolare, l'obiettivo 12.7 dell'Agenda 2030 richiede di "promuovere pratiche sostenibili in materia di appalti pubblici, in conformità alle politiche e priorità nazionali".

senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri»¹⁶.

Questo lemma è stato variamente indagato e, da più parti, è stato riscontrato come esso sia, in realtà, portatore di una sorta di intrinseca antitesi, ove si consideri la difficoltà di immaginare, e ancor più attuare, un sistema di crescita economica – sviluppo ¹⁷ – in linea con le coordinate a maglie larghe della sostenibilità ambientale¹⁸.

In tale contesto, assume portata ancor più dirompente la regolamentazione di un nuovo diritto dei contratti e dei contratti di sviluppo, in particolare, chiamati alla costruzione di un circuito il più possibile virtuoso in cui l'innovazione e la contrattazione trovano la propria *ratio* in un contesto globale di salvaguardia basilare dell'equilibrio naturale¹⁹.

Entro le coordinate ampie dello sviluppo sostenibile non appaiono di

¹⁶ La *World Commission on Environment and Development* nel proclamare la nozione di sviluppo sostenibile ammette che gli uomini siano in grado di migliorare lo stato della tecnica e dell'organizzazione sociale in modo da aprire la strada a una nuova era di crescita economica

¹⁷ Per un'analisi del concetto di innovazione applicabile ai sistemi complessi e all'organizzazione non si dimentichi la lezione shumpeteriana su imprenditorialità e sviluppo economico in J.A. SHUMPETER, *La teoria dello sviluppo economico*, Firenze, 2005, 242 ss.; N. DE LISO, R. LEONCINI, *Innovazione e imprenditorialità: un'analisi shumpeteriana*, *Dynamis*, Quaderno, 95, IDSE.

¹⁸ Non è chi non veda come “lo sviluppo sostenibile rappresenta in realtà un «ossimoro», una «contraddizione in termini», perché lo sviluppo è «l'occidentalizzazione del mondo», è «legato al programma della modernità» e non può che essere contrario alla sostenibilità. Di conseguenza, qualificare «sostenibile» lo sviluppo è soltanto un modo per mascherare un'economia di impronta neoliberale con l'elemento ecologico”. In tal senso si v. M. GIORGIANNI, *Climate change e analisi ecologica del diritto. L'apporto del comparatista all'emergenza climatica*, *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, *BiolaW Journal*, 2023, anche con riferimento all'analisi di S. LATOUCHE, *Il paradosso dell'Economia ecologica e lo sviluppo sostenibile come ossimoro*, *Intervento del 30 settembre 1998 al Seminario internazionale di studio dell'Università di Padova*, in www.edscuola.it.

Si v., inoltre, R. ENGELMAN, *Beyond Sustainability*, in *Worldwatch Institute, State of the World 2013: Is Sustainability Still Possible*, Washington, 2013, 3, ha osservato efficacemente che «quella in cui viviamo è l'epoca della sosteniblablablà».

¹⁹ Questo complesso programma di azione implica il raggiungimento di una serie di finalità, contribuendo nel contempo alla realizzazione agli obiettivi climatici dell'Unione, promuovendo la crescita sostenibile, creando posti di lavoro e preservando la sicurezza energetica. In relazione alla contrattazione pubblica, il *Green New Deal* individua proprio nell'Unione europea e nelle sue istituzioni gli attori che “dovrebbero dare l'esempio, assicurandosi che i loro appalti si basino su criteri ecologici” e che siano “rispettosi del clima”

agevole individuazione la struttura e la funzione del diritto dei contratti, potenzialmente inglobabili in un coacervo di interessi che, sotto l'egida della priorità ecologica, divengono etichette di domini commerciali.

Le indicazioni di *moral suasion* e *soft law*, unitamente ai documenti di *hard law*, elaborati in ossequio agli atti di programmazione europei, hanno dato luogo, finora, a indicazioni programmatiche non strettamente vincolanti, né compiutamente stringenti, realizzando una sorta di monitoraggio della perseguibilità di determinati obiettivi e di verificabilità dei costi di perseguimento dell'equilibrio da perseguire. E' possibile, in tal senso, riscontrare una sorta di divario tra l'imperativo categorico emergenziale dettato dai dati sull'allarmante disequilibrio ambientale e la stessa tenuta del sistema socio-economico, potendosi intravedere un inquietante scenario in cui diverrà attuale, a favore del primo dei due termini, la scelta tra ecosistema vivente²⁰ e società agente.

In tale tempo di transizione, la contrattazione pubblica (in quanto sinergica tra operatori privati e territorio) è determinante nel cooperare a raggiungere meta-obiettivi di ricerca e innovazione che siano tali da attrezzare tecnicamente la società ad affrontare le nuove transizioni.

Assume centralità, in tale prospettiva, l'utilizzo degli strumenti dell'analisi economica del diritto in relazione ai formanti dell'ecologia e delle scienze dei sistemi complessi, al fine di elaborare una contrattualistica sostenibile e adeguata all'evolversi delle priorità ordinamentali.

I contratti di sviluppo, i contratti di rete, i contratti di partenariato pubblico-privato sono gli strumenti deputati a farsi trasformatrici e adattatori della realtà degli attori giuridico-economici alle pressioni delle istanze ambientali.

Tale processo di adattamento, per la via del consenso, intacca

²⁰ Si v. Conclusioni dell'Avvocato generale nella Causa C-249/09, *Novo Nordisk AS c. Ravimiamet*, in cui si afferma che «nel sistema dei diritti fondamentali il diritto alla vita occupa il rango più elevato e deve prevalere sui diritti fondamentali connessi alla libertà di azione»; la Corte Costituzionale ha, inoltre, precisato che «dall'art. 2 Cost., oltreché dall'art. 2 CEDU, discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo», così come riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte EDU secondo cui «l'obbligazione positiva di prendere tutte le misure necessarie alla protezione della vita implica innanzitutto per gli Stati il dovere primordiale di porre in essere un quadro legislativo e amministrativo finalizzato a una prevenzione efficace e che dissuada dal mettere in pericolo il diritto alla vita». La vita è, pertanto, riconosciuta, come valore irrinunciabile e come premessa indispensabile rispetto alle altre situazioni soggettive giuridicamente protette.

profondamente il cuore della pattuizione contrattuale e la struttura stessa dell'accordo, sbilanciandone la causa da ragione *economico-individuale* a ragione *ecologico-sociale* e modificandone la dimensione cronologica, da *attuale e personale* a *futura, perdurante e intergenerazionale*.

La struttura *incoativa*²¹ della contrattazione per lo sviluppo, dalla fase di inizio del rapporto e per tutta la durata degli effetti da essi scaturenti, attiene alla regolamentazione dei rapporti tra privati, così come delle *partnership* pubblicistiche e privatistiche, e trascende la dimensione immediata degli interessi e dei comportamenti per assurgere a strumento idoneo al governo della complessità.

Per tale via, appare necessario precisare come, alla base della ridefinizione di una contrattazione che sia in linea con il conseguimento di uno *sviluppo sostenibile*, vi sia una visione economica che, muovendo dall'insufficienza delle logiche di governo degli interessi individuali, sovraordini al mercato l'intervento regolatore pubblico, con finalità di aggiustamento ed equità distributiva.

Nel tempo, in ordine al diverso atteggiarsi dei rapporti tra mercato, leggi economiche e priorità ecologico-ambientali si sono susseguite, infatti, diverse visioni, alcune, ispirate alla *free market ecology*, secondo cui l'ecologia di mercato considera il sistema dei diritti di proprietà privata sulle risorse ambientali quale strumento di connessione tra il comportamento teso al soddisfacimento del proprio personale interesse e la tutela dell'ecosistema²² e altre, invece, improntate ad una forma più complessa di interazione tra economia ed ecologia²³.

Secondo tale ultimo approccio si riconosce che il mercato non riesce a garantire l'equità distributiva ed è necessario un intervento pubblico pervasivo e funzionale a preservare il contesto ambientale

²¹ Agg. Tratto dal lat. tardo *incobativus* o *inchoativus*; v. incoare che intende esprimere una dimensione di durata all'azione, soffermandosi sul suo principio e sul suo successivo svolgersi. Il suffisso *-sco* in greco antico attribuisce all'azione (che inizia e continua) una dimensione durevole e protratta nel tempo.

²² Si v. T.L. ANDERSON, D.R. LEAL, *Free Market Environmentalism for the Next Generation*, New York, 2015, 3.

²³ V. MANZETTI, *La sostenibilità economico-finanziaria dei progetti PNRR e la contabilizzazione off-balance o on-balance dei contratti di partenariato pubblico privato tra regole di EUROSTAT e codice dei contratti pubblici (vecchio e nuovo)*, *Bilancio, Comunità e persona*, in *Riv. Giur. Semestrale*, 1/2023, 81 ss..

dall'estremizzazione dell'efficientismo²⁴.

Nel diritto dei contratti si ricercano, pertanto, equilibri eco- compatibili e tutele efficaci in caso di violazione degli *standards* di sostenibilità.

4. Il contratto “sostenibile” nella dimensione della causa ecologico-sociale

Alla luce della disamina effettuata, i contratti di sviluppo e gli appalti pre-commerciali rappresentano due categorie che fungono da osservatorio privilegiato per scandagliare la conformazione della contrattualistica “sostenibile”, ove essa sia tesa alla realizzazione di obiettivi *extra* individuali, che trascendono la dimensione dell'accordo *inter partes* per assumere una prospettiva “protettiva” verso un *tertium genus* di contraente che non risulta parte formale, ma è parte sostanziale del rapporto: la comunità.

Il contratto «sostenibile», nelle forme del contratto di sviluppo e dell'appalto di innovazione, presenta una peculiare dimensione spazio-temporale a lungo termine, assumendo una proiezione verso l'intergenerazionalità, quindi, assimilabile a quella assunta dai contratti di durata.

La disamina che ci si propone evidenzia, infatti, un triplice ordine di considerazioni:- i contratti di sviluppo si configurano come contratti connotati da una causa non esclusivamente economico-individuale, ma inglobata in una prospettiva più ampia, quale è quella del perseguimento di obiettivi comunitari di sostenibilità.

Viene meno la separazione fra pubblico e privato, in quanto il contratto «sostenibile» e le clausole di sostenibilità tutelano gli interessi collettivi in una dimensione intergenerazionale poichè si ritiene che tali contratti rientrino nella macro-categoria del contratto a favore di terzo.

Al fine di tutelare gli obiettivi della sostenibilità, si predilige, così, un'interpretazione ampia del contratto a favore di terzi, idonea a coinvolgere le generazioni future nel numero indefinito di terzi potenziali beneficiari, sulla base di principi di solidarietà costituzionale. Gli artt. 3 e 9 Cost., infatti, affermano la libertà della ricerca e la necessità di interventi

²⁴ Si v. M. CAFAGNO, *Analisi economica del diritto e ambiente. Tra metanarrazioni e pragmatismo*, in *Dir. econ.*, 2019, 155 ss.; si cfr. M. BRESSO, *Per un'economia ecologica*, Roma, 1994; H.E. DALY, *Oltre la crescita. L'economia dello sviluppo sostenibile*, Torino, 2001; si v., inoltre, C. J. CLEVELAND, D.I. STERN, R. COSTANZA, *The Economics of Nature and the Nature of Economics*, Cheltenham – Northampton, 2001; H.E. DALY, *Oltre la crescita. L'economia dello sviluppo sostenibile*, Torino, 2001.

pubblici per la promozione e lo sviluppo, consentendo di valorizzare sia l'interesse pubblico alla ricerca in quanto tale, sia in quanto strumento di perseguimento di peculiari obiettivi pubblici. Gli obblighi di protezione sono, pertanto, estesi anche nei confronti di soggetti terzi al contratto che vengano a trovarsi in contatto con la prestazione.

In particolare, l'operazione contrattuale dei contratti di sviluppo e degli appalti per l'innovazione si colloca in una dimensione diacronica e in una prospettiva progressiva, in cui gli effetti si producono nel tempo, secondo lo schema del contratto di durata.

Le relazioni che ne scaturiscono sono governate da principi di fiducia e solidarietà e la conservazione dell'equilibrio contrattuale è consentita tramite rimedi adattativi e forme alternative per la risoluzione delle controversie.

Di conseguenza, il contratto «sostenibile» si presenta connotato dalla centralità di obbligazioni addizionali e implicite quali gli obblighi di correttezza e di buona fede.

Lo spazio per il conseguimento di obiettivi di tutela delle bio-diversità non può, infatti, trovare unico invero nella clausola generale²⁵ ed elastica della buona fede, ma dalla costitutività di tale clausola devono derivare puntuali prescrizioni contrattuali regolate in forma puntuale nell'incontro del consenso tra le parti. Può rilevarsi, pertanto, una necessaria modificazione del contratto, funzionale, non solo, all'obiettivo di realizzazione successiva di un'opera o di prestazione di un servizio. Per mezzo dei contratti di sviluppo e degli appalti per l'innovazione si introduce, infatti, una sorta di regolazione complessiva del settore che viene complessivamente preordinato al conseguimento di obiettivi di sostenibilità. Ne deriva una considerazione, non tanto della singola operazione contrattuale, quanto della sua complessiva programmazione, secondo un approccio che si allarghi a contemplare l'intero ciclo di vita dell'operazione, dalla sua programmazione fino alla esecuzione, in una prospettiva di durata che tenda a valorizzare il possibile perseguimento di obiettivi di lungo periodo²⁶.

²⁵ Con riferimento ad un utilizzo delle clausole generali nel diritto amministrativo si v. M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, 2021.

²⁶ A norma dell'art.3, lett.m) dell'All.1 del nuovo Codice dei contratti pubblici, il «ciclo di vita del contratto pubblico», è costituito dall'insieme «delle attività, anche di natura amministrativa e non contrattuale, che ineriscono alla programmazione,

5. Soft law o regole certe? Necessità di coordinate meno “leggere”

Dal quadro delineato emerge come il sistema dei contratti di sviluppo ambisca, di fatto, a porsi come anello di raccordo tra *individual behaviours and interests* e *systemic values*, al fine di creare un ponte tra contrattazione dell'innovazione e benessere individuale-collettivo. E' lo stesso oggetto del contratto di sviluppo a essere idoneo²⁷ al perseguimento di un interesse individuale (il finanziamento di un percorso di ricerca indirizzato ad un obiettivo che trovi domanda di mercato²⁸) e un interesse collettivo (il rinvenimento di soluzioni²⁹ eco-compatibili e progettazioni *ecology and*

progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione del contratto».

²⁷ Sulla teoria della decrescita si v., in particolare, N. GEORGESCU-ROEGEN, *La Décroissance. Entropie-Écologie-Économie*, Paris, 1995; From Bioeconomics to Degrowth. Georgescu-Roegen's "New Economics" in eight essays, M. BONAUTI (ed.), New York, 2011.

²⁸ Assumono rilievo, in tale prospettiva, le riflessioni di N. IRTI, *Introduzione. Diritto e mercato*, VII, in N. IRTI (a cura di), *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma – Bari, 1999. Si v., inoltre, G. DWORKIN, *Markets and Morals*, New York-London-Sydney-Toronto, 1977, 18 ss., 20; Voce *Mercato* in F. DE FRANCHIS, *Law dictionary*, Milano, 1984.

²⁹ Non è chi non veda come tale binomio sia non agevolmente percorribile, trattandosi di coniugare crescita economica, logica di mercato e crescita globale dell'ecosistema. Nella teorizzazione di parte autorevole della dottrina, alle logiche efficientiste del mercato non può, in alcun modo, accostarsi la mitigazione proveniente dalle logiche di una valorizzazione ambientale, sussistendo per la realizzazione dei differenti obiettivi, tempi e modi altrettanto diversi. Sicchè l'alternativa all'economia dello sviluppo per lo sviluppo non può essere intravista, esclusivamente, in un diverso, non meglio identificato, sviluppo sostenibile. La nuova economia, il cui cuore pulsante trova voce nei contratti di sviluppo, non potrà che assumere forme e obiettivi differenti, non mutando solo veste, ma genere. L'economia ecologica di cui la contrattualistica dovrà farsi portavoce dovrà mutare da economia dell'avere a economia dell'essere. Dovrà trattarsi di un'economia di valorizzazione dell'esistente. Si cfr. S. LATOUCHE, *La decrescita prima della decrescita. Precursori e compagni di strada*, Torino, 2016. Nella sua riflessione, l'A. si interroga per sapere se la decrescita – intesa come economia obbediente alle leggi della vita – sia possibile nell'ambito di un'economia capitalista, ovvero se sia possibile realizzare la decrescita senza uscire dal capitalismo, e teorizza il progetto della società della decrescita come un superamento della modernità. Secondo Latouche, qualsiasi economia è incompatibile con l'ecologia e con una società sostenibile e, pertanto, per combattere la crisi ecologica occorre abbandonare ogni economia, fatta eccezione per l'economia circolare, incentrata sul riciclo, che invece è uno strumento capace di ridurre l'impronta ecologica ed è in sintonia con la teoria della decrescita.

life oriented)³⁰ nelle forme della rivalutazione, redistribuzione, riutilizzo e complessivamente della *rigenerazione*. In tale sistema, il diritto dei contratti, in particolare, non si configura più come «regolazione» degli assetti proprietari, ma diviene uno strumento «adattivo»³¹, volto a veicolare *nel tempo, nella durata degli obiettivi*, innovazioni e informazioni che abbiano un valore incentivante per la tutela ambientale, in una prospettiva di recupero e valorizzazione, da cui dipende l'effettività intertemporale delle opportunità di sopravvivenza e di libertà³².

L'introduzione in tale sistema contrattuale di clausole di tutela dell'interesse generale, si configura come intervento regolatorio pubblico, tenuto a integrare la bidimensionalità della regolazione privata.

L'ampiezza dei valori ricompresi nel concetto di sostenibilità incide, quindi, sulle categorie contrattuali, contribuendo a mutarne lo schema causale e, conseguentemente, la struttura e la pregnanza del *discrimen* tra pubblico e privato³³. Diviene labile lo stesso confine tra regolamentazione

³⁰ Nella *Scommessa della decrescita*, Milano, 2007, S. LATOUCHE individua le 8 “R” capaci di innescare un circolo virtuoso di decrescita serena, conviviale e sostenibile: rivalutare, riconcettualizzare, ristrutturare, ridistribuire, rilocalizzare, ridurre, riutilizzare, riciclare.

³¹ M. GIORGIANNI, *Climate change e analisi ecologica del diritto. L'apporto del comparatista all'emergenza climatica*, *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2023, 85 ss.. Assume rilievo, a proposito di processi adattativi, riproporre la distinzione tra *taxis* e *cosmos*, ove il primo individua un ordine prescrittivo, derivante da una determinazione volontaria e il secondo identifica l'armonia, un processo di naturale raggiungimento/ricomposizione di un equilibrio intrinseco. Si v. A. GIULIANI, *Ordine isonomico e ordine asimmetrico: nuova retorica e teoria del processo*, in *Soc.dir.*, 1986, 84 ss..

³² Trattandosi, per tale via, di “generare processi più che dominare spazi”. Si v. la prolusione del Santo Padre in *Evangelii gaudium*, 221, in cui rivendica la riappropriazione del “tempo”, più che dello spazio. Tempo virtuoso come catalizzatore di processi e possibilità.

³³ L'analisi da compiere riguarda i contratti sulla gestione delle risorse naturali ai contratti di rendimento energetico, dai contratti nel diritto agrario e nel mercato agroalimentare alle reti di imprese e al contratto di rete, dai contratti di trasporto ai contratti turistici, dai contratti di *franchising* ai contratti di fornitura, dai contratti di appalto e dal partenariato pubblico privato ai contratti di assicurazione. Si rinvia, in particolare, a K.P. MITKIDIS, *Sustainability clauses in international business contracts*, *The Hague*, 2015; ID., *Using Private Contracts for Climate Change Mitigation*, in *Groningen Journal of International Law*, vol 2(1): *Energy & Environmental Law*, 2014, 54 ss.; ID., *Sustainability Clauses in International Supply Chain Contracts: Regulation, Enforceability and Effects of Ethical Requirements*, in *Nordic Journal of Commercial Law*, 2014, 5 ss., che fa riferimento a clausole che richiedono, espressamente, la riduzione delle emissioni nel processo produttivo e a clausole sulla protezione dei diritti umani; S. LANDINI, *Clausole*

degli interessi economici e regolazione del mercato³⁴. Il diritto dei contratti, disegnato dal legislatore europeo, si configura, infatti, come uno strumento per prevenire e neutralizzare il rischio di cattura degli operatori economici e per consentire una tutela dell'interesse generale della collettività a un mercato ecologicamente orientato in una prospettiva di durata.

La contrattualistica pubblica deve, pertanto, essere integrata nell'ordine giuridico del mercato³⁵ e conformata entro limiti inderogabili, finalizzati alla prevenzione e alla neutralizzazione dei rischi di esternalità negative che, nell'epoca della transizione ecologica, si sostanziano in ricadute nocive sull'equilibrio degli eco-sistemi complessivamente considerati. Ne deriva che contrattazione tra privati e contrattazione pubblica³⁶ divengono

di sostenibilità nei contratti tra privati. Problemi e riflessioni, in *Diritto pubblico*, 2015, 611 ss.. Per un elenco dei contratti di diritto privato inquadrabili nella categoria del contratto ecologico, v. M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni*, cit., 1307 ss.; A. IANNARELLI, *Contractual Relationships and Inter-firm Co-operation in the Agri-food Sector*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2011, 1 ss. Con riguardo, specificamente, alla contrattualistica pubblica e al Green Public Procurement si v. M. ANDRECKA, K.P. MITKIDIS, *Sustainability Requirements in EU Public and Private Procurement - a Right or an Obligation?*, in *Nordic Journal of Commercial Law*, 2017, 55 ss.; M. KULLMANN, *Promoting Social and Environmental Sustainability: What Role for Public Procurement?*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2018, 109 ss.; in materia di contratti di assicurazione, si v. G. ALPA, G. CONTE, V. DI GREGORIO, A. FUSARO, U. PERFETTI (a cura di), *Rischio di impresa e tutela dell'ambiente. Precauzione – responsabilità – assicurazione*, Napoli, 2012. S. LANDINI, *Clausole di sostenibilità nei contratti tra privati. Problemi e riflessioni*, cit., L'A. evidenzia che nei contratti di *franchising* si richiede all'affiliato di adeguarsi a *standards* di ecosostenibilità, e nei contratti di fornitura tra imprese il fornitore si impegna a realizzare i propri prodotti secondo *standards* di produzione ispirati a criteri di sostenibilità. Parla di contratto sostenibile R. RAVALLI, *External Effects of Contracts: From Fair to Sustainable Contract Law?*, 22th *Ius Commune Conference Paper*, 2017, che ritiene la sostenibilità nuova guida per il diritto contrattuale.

³⁴ P. SIRENA, *Autonomia privata e regolazione del mercato nella disciplina dei contratti di impresa*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2023, 509; F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'Agenda Onu 2030* in *Riv. it. dir. pubbl.com.*, 2022, 243.

³⁵ Si cfr. v. M. LIBERTINI, *Gestione "sostenibile" delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale*, in *Contr. e impr.*, 2023, 54 ss.; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003.

³⁶ A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)* e G. NAPOLITANO, *Miti e funzioni del diritto privato nella sfera del diritto amministrativo*, in *Dir. civ.*, 371 ss. e, rispettivamente, 393 ss.; A. BENACCHIO, M. GRAZIADEI, *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, Napoli, 2016..

ambiti inglobati nel perseguimento di obiettivi di transizione ecologica meta-individuali che necessitano, per poter essere realizzati, di un apparato di regole, oltre che di ampie indicazioni di principio.

La regolazione di tali interessi avviene non solo mediante il ricorso a clausole generali³⁷ e a valutazioni rimesse alla discrezionalità valutativa delle stazioni appaltanti³⁸. Il legislatore nazionale, in alcuni ambiti, ha reso obbligatori i requisiti attinenti alla definizione del contenuto dei contratti pubblici, al fine di consentire l'incisività della politica nazionale in materia di *green public procurement* e di contribuire «a connotare l'evoluzione del contratto d'appalto pubblico da mero strumento di acquisizione di beni e servizi a strumento di politica economica»³⁹.

Pare di poter intravedere, tuttavia, la necessaria evoluzione verso una prescrittività della normativa di settore che ridefinisca la dimensione del binomio risultato/fiducia, programmaticamente enunciato tra i principi cardine del nuovo Codice dei Contratti, indirizzando le scelte di investi-

³⁷ Si v. M. RAMAJOLI, *Standard valutativi e interpretazione tassativizzante delle clausole generali*, Relazione al Convegno *L'interpretazione nel diritto amministrativo tra legalità e discrezionalità*, Roma, Tar Lazio, 17 novembre 2023. L'A. rileva come «la dottrina ha espresso perplessità sia sulla compatibilità costituzionale e convenzionale di un sistema in cui una tipizzazione giurisprudenziale dovrebbe assicurare la tassatività sostanziale nel caso di applicazione di misure in grado di produrre pesanti effetti restrittivi sulle sfere giuridiche dei destinatari, sia sulla difficoltà di individuare in materia una giurisprudenza «costante e uniforme» in tema di interpretazione di disposizioni legislative «caratterizzante dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione». In particolare il riferimento è alla giurisprudenza Corte Cost., 26 marzo 2020 n. 57.

³⁸ Sono da considerare, tuttavia, le ipotesi riconducibili all'area di prescrittività dei CAM. L'obbligatorietà dei CAM si sostanzia nell'esigenza di garantire che la politica nazionale in materia di appalti pubblici verdi sia incisiva nell'obiettivo di promuovere modelli di produzione e consumo più sostenibili. In tal senso Cons. St., sez. V, 5 agosto 2022 n. 6934, l'obbligatorietà di detti criteri comporta gravi conseguenze nella sede giudiziale di valutazione di legittimità delle procedure pubbliche di affidamento che non ne tengano debito conto. Tuttavia, la non conformità della legge di gara alle disposizioni in tema di criteri ambientali minimi non è vizio tale da imporre un'immediata e tempestiva impugnazione del bando di gara, in quanto gli stessi non configurano clausole immediatamente escludenti o impeditive. Si cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 3 febbraio 2021, n. 972.

³⁹ In tal senso Cons. St., sez. III, 14 aprile 2022, n. 8773, secondo cui la disciplina contenuta nell'art. 34, d.lgs. n. 50/2016 contribuisce «a connotare l'evoluzione del contratto d'appalto pubblico da mero strumento di acquisizione di beni e servizi a strumento di politica economica».

mento verso valutazioni supportate dall'adeguamento a specifici criteri ed indicazioni conformative.

Al fine di orientare maggiormente i contratti pubblici al perseguimento di finalità di sviluppo *sostenibile*, pare necessaria una regolamentazione puntuale che stabilisca anche obblighi di specificazione dei risultati attesi.

Nella prospettiva indicata, infatti, la realizzazione di obiettivi di sostenibilità passa per la definizione *ex ante* della misura della sostenibilità stessa e delle sue modalità attuative e, pur dovendo continuare a costituire espressione della discrezionalità riconosciuta ai funzionari e ai dirigenti delle stazioni appaltanti, necessita di coordinate prescrittive. In tale prospettiva è auspicato l'implementazione di disposizioni di dettaglio che impongano alle stazioni appaltanti di specificare obiettivi di sostenibilità sociale ed ambientale. La determinazione di obiettivi di efficientamento energetico ha trovato riconoscimento⁴⁰ nel caso dei CAM⁴¹ e sempre con riferimento alle categorie rientranti nell'oggetto dell'appalto⁴². Emerge,

⁴⁰ Allorquando il bando contenga un puntuale riferimento ai decreti ministeriali, l'onere di diligenza impone al concorrente l'adeguamento della propria offerta ai criteri ambientali minimi. Il mancato richiamo specifico dei CAM nel bando di gara consente, infatti, in base alla tecnica del rinvio al decreto ministeriale, la piena operatività del meccanismo di eterointegrazione.

⁴¹ Basti pensare, in ordine alla relatività anche dei criteri ambientali, che il Piano d'azione nazionale sul *GreenPublic Procurement*, allegato al d.m. 23 giugno 2022, recante "Criteri ambientali minimi per l'affidamento del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani, della pulizia e spazzamento e altri servizi di igiene urbana, della fornitura di contenitori e sacchetti per la raccolta dei rifiuti urbani, della fornitura di veicoli, macchine mobili non stradali e attrezzature per la raccolta e il trasporto di rifiuti e per lo spazzamento stradale", evidenzia che, in ragione della «complessità del servizio trattato, i CAM non costituiscono parte di un capitolato o di un disciplinare da riportare integralmente nella documentazione di gara, ma devono essere analizzati e tarati in base alle peculiarità del territorio». Si precisa, inoltre, che «nella definizione dei CAM non si è ritenuto opportuno individuare criteri prescrittivi in merito alle modalità organizzative da adottare, ma si è preferito piuttosto stabilire, laddove possibile, degli obiettivi da raggiungere tramite i modelli gestionali ritenuti più adatti ad ogni contesto». Si cfr. M. BROCCA, *Criteri ecologici nell'aggiudicazione degli appalti*, in *Urb. app.*, 2003, II, p. 168; S. PALOCCI, *Acquisti verdi nella P.A. – Dal libro verde sugli Appalti pubblici alla definizione dei criteri minimi ambientali*, in *Iter legis*, 2009, II/IV, p. 85; F. LOMBARDO, R. FEZZA, *I criteri sociali e ambientali minimi (CSM e CAM) nella contrattualistica pubblica. Possibili premialità per iniziative ad impatto sociale e ambientale*, in *Riv. trim. appalti*, 2019, 1085; R. DE LEONARDIS, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Soggetti, qualificazione, regole comuni alle procedure di gara*, Milano, 167

⁴² Con riferimento ai CAM si v. *ex multis*, E. BELLOMO, *Appalti verdi in urbanistica ed*

pertanto, su questa linea, l'urgenza di un diritto della contrattazione per lo sviluppo che si faccia interprete della necessità di coordinate puntuali⁴³ e dell'individuazione di limiti non superabili, ciò anche al fine di recuperare, sul piano della controllabilità e, *funditus*, della garanzia, le scelte lasciate alla pubblica amministrazione.

A meno di accettare che la contrattazione pubblica finisca, poi, per tradursi nel regolare l'incontro di consensi su uno sviluppo realisticamente "insostenibile"⁴⁴.

edilizia: i criteri ambientali minimi, in *Riv. giur. urb.*, 1, 2020, 143 ss.; M. TREVISAN, *Bandi di gara e criteri ambientali minimi (CAM)*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2021, 61 ss.; F. DE LEONARDIS, *L'uso strategico della contrattazione pubblica: tra GPP e obbligatorietà dei CAM*, in *Riv. quadrim. dir. amb.*, 2020, 62 ss.; si v. sul punto Cons. St., n. 8773/2022, secondo cui la *ratio* dell'obbligatorietà dei CAM risulta individuabile nell'esigenza di garantire che la politica nazionale in materia di appalti pubblici verdi sia incisiva non solo nell'obiettivo di ridurre gli impatti ambientali, ma nell'obiettivo di promuovere modelli di produzione e consumo più sostenibili, "circolari" e nel diffondere l'occupazione "verde".

⁴³ Sulla necessità di un approccio mandatory integrativo della discrezionalità si v. A. MALTONI, *Contratti pubblici e sostenibilità ambientale: da un approccio "mandatory-rigido" ad uno di tipo "funzionale"?* in *Riv. Interdisc. sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, 2023 secondo cui "al fine di orientare maggiormente i contratti pubblici al perseguimento di finalità orizzontali, sarebbe necessario stabilire un obbligo di specificazione dei risultati attesi. Nella prospettiva indicata, infatti, la precisazione dei risultati attesi o di determinati target di sostenibilità – da effettuarsi nell'esplicazione delle attività programmatiche e di progettazione –, pur dovendo continuare a costituire espressione della discrezionalità riconosciuta ai funzionari e ai dirigenti delle stazioni appaltanti, dovrebbe essere resa mandatory".

Si v., inoltre, E. CARUSO, *I contratti pubblici tra obiettivi di sostenibilità e finalità concorrenziali: alla ricerca di nuovi equilibri*, in *PA, persona, amministrazione*, 2022; G. LICATA, *I contratti pubblici come strumenti di promozione dell'innovazione*, in *I contratti pubblici: la difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, a cura di A. MALTONI, Napoli, 2020; S. ROSSA, *Sviluppo sostenibile e appalti pubblici. Sul ruolo degli appalti innovativi come strumento di sostenibilità*, in *Ceridap*, 2022, 61 ss..

⁴⁴ F. FRACCHIA, S. VERNILE, *I contratti pubblici come strumento dello sviluppo ambientale*, Torino, 2020, valorizzano l'introduzione dei criteri ambientali minimi (CAM) negli appalti verdi, intendendo le clausole ambientali come strumenti conformativi del mercato di tipo forte e prescrittivo. Gli A. precisano che l'introduzione dei CAM costituisce un passaggio importante per promuovere l'effettiva integrazione delle politiche ambientali nell'attività contrattuale delle amministrazioni e che, seppure tradizionalmente inquadrati tra i *market based tools*, gli appalti verdi sembrano configurarsi anche come strumento ambientale di carattere autoritativo (*command and control*) per cui l'introduzione necessaria dei CAM si avvicina molto a una forma di conformazione del mercato e, dunque, a un modello di regolazione di tipo tradizionale, che incide direttamente sugli operatori. Si v., anche, sul

Abstract

Il contributo analizza il ruolo della contrattazione pubblica nella transizione ecologica e digitale, distinguendo tra contratti di ricerca e sviluppo (art. 135, comma 1, D.lgs. 36/2023) e appalti pre-commerciali (comma 2), muovendo dall'intersezione tra le direttive eurunitarie e il rinnovato quadro normativo nazionale delineato dal D. lgs. 31 marzo 2023, n. 36. L'analisi si concentra sulla complessa qualificazione di tali istituti, ponendone in rilievo la progressiva funzionalizzazione verso obiettivi di tutela ambientale ed efficienza energetica, idonei a conformare la causa contrattuale in senso ecologico-sociale. La riflessione evidenzia il rilievo strategico della contrattazione pubblica quale volano delle transizioni, precisando come l'acquisizione di soluzioni fortemente innovative e sostenibili richieda un superamento degli schemi negoziali tradizionali a favore di modelli flessibili e integrati, presidiati da regole e criteri idonei a preservarne la rispondenza al pubblico interesse.

Innovation procurement: principles and sustainability rules

This paper analyzes the role of public procurement in the ecological and digital transition, distinguishing between research and development contracts (Art. 135, paragraph. 1, Legislative Decree 36/2023) and pre-commercial procurement (paragraph 2), starting from the intersection between EU directives and the revised national regulatory framework outlined by Legislative Decree No. 36 of March 31, 2023. The analysis focuses on the complex characterization of these instruments, highlighting their progressive alignment with environmental protection and energy efficiency objectives, which are capable of shaping the contractual relationship in an ecological and social sense. The discussion highlights the strategic importance of public procurement as a driver of transitions, noting that the acquisition of highly innovative and sustainable solutions requires moving beyond traditional negotiation frameworks in favor of flexible and integrated models, governed by rules and criteria designed to ensure they remain in the public interest.

rilievo dei CAM, R. COSTANZO, *Lo sviluppo sostenibile negli appalti pubblici. I criteri ambientali minimi*, in *Rivista GiuridicaAmbienteDiritto.it*, 2023, 1 ss..