

## GIACOMO SANTI

**I criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici tra direttive comunitarie e legislazione nazionale (dopo la sentenza della Corte di Giustizia CE, 7 ottobre 2004, in causa C-247/02).**

### Sommario

1. La controversia Sintesi c. Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici e il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa". – 2. La determinazione n. 53 del 7 dicembre 2000 dell'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici: il criterio del "prezzo più basso" come garanzia di concorrenza. - 3. Il tendenziale "revirement" del legislatore nazionale: il comma 1ter dell'articolo 21 della legge n. 109 del 1994 - 4. La sentenza della Corte di Giustizia, 7 ottobre 2004, in causa C-247/02. - 5. Criterio del "prezzo più basso" e criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa": alternatività pura o qualificata? – 6. La disciplina dei pubblici appalti fra direttive comunitarie e legislazione nazionale.

### **1. La controversia Sintesi c. Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici e il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa".**

La sentenza Corte di Giustizia CE, 7 ottobre 2004, in causa C-247/02 <sup>1</sup> rappresenta un punto di svolta su un tema che nel nostro ordinamento interno appariva consolidato, a prescindere dalla condivisibilità o meno delle scelte relative.

La radicale scelta del Legislatore nazionale del 1994 di ridurre, nel settore dei contratti aventi ad oggetto l'esecuzione di lavori pubblici, la possibilità di avvalimento del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa" ("offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico", adottando la dizione comunitaria) ai soli casi di concessione di lavori pubblici e di "appalto concorso" ha rappresentato, come noto, una delle più significative espressioni del

---

<sup>1</sup> La sentenza è pubblicata su questa Rivista con una nota di DEGNI, *Il criterio del prezzo più basso e l'aggiudicazione degli appalti di lavori: la svolta viene dalla Corte di Giustizia.*

disegno riformatore avviato con l'approvazione della legge 11 febbraio 1994, n. 109 ("Legge quadro in materia di lavori pubblici")<sup>2</sup>.

Le ragioni di detta scelta si collegano in modo evidente ai principi ed intendimenti ispiratori dell'intera legge quadro, come concepita ed approvata nella sua versione originaria e – soprattutto – al contesto storico all'interno del quale l'approvazione di detta legge si colloca.

La reazione rispetto ai fenomeni illeciti o comunque di cattiva amministrazione rinvenuti nella prassi operativa e peraltro assurdi agli "onori" della cronaca si è manifestata nella tendenziale soppressione degli elementi discrezionali rinvenibili nella fase intermedia (e per taluni versi anche in quella finale esecutiva) del ciclo di realizzazione dei lavori pubblici (intendendo come fase intermedia quella relativa alla scelta dell'impresa appaltatrice): il cattivo o sviato esercizio del potere discrezionale in detta fase è stato in un certo senso "prevenuto" attraverso la drastica riduzione delle occasioni di esercizio dello stesso<sup>3</sup>.

Secondo le intenzioni del legislatore, la "moralizzazione" del travagliato settore<sup>4</sup> doveva essere altresì raggiunto attraverso la centralità attribuita al criterio di valutazione delle offerte cd. "automatico", quale il criterio del "prezzo più basso", connessa all'imposizione di una onnicomprensiva fase programmatoria<sup>5</sup> ed alla determinazione esaustiva dei prezzi di contratto mediante la ridefinizione del concetto e dei contenuti del "progetto esecutivo" individuato come livello *standard* a base delle procedure per la scelta della impresa costruttrice, il divieto di revisione prezzi (art. 26) e l'irrigidimento della disciplina delle varianti in corso d'opera (art. 25).

---

<sup>2</sup> In G.U. 19 febbraio 1994, n. 41, S.O.

<sup>3</sup> E' lo stesso Governo italiano ad avere rilevato, nell'ambito del procedimento a fronte della Corte di Giustizia conclusosi con la sentenza 7 ottobre 2004, in causa C-247/02, che, con l'approvazione della legge n. 109 del 1994, il legislatore "ha inteso, in particolare, lottare contro la corruzione nel settore dell'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, eliminando il margine di discrezionalità dell'amministrazione nell'aggiudicazione dell'appalto e stabilendo procedure trasparenti idonee a garantire la libera concorrenza" (così leggasi in C.d.G., sentenza 7 ottobre 2004, in causa C-247/02, punto 27).

<sup>4</sup> Significativa è la nota circostanza che il testo normativo in esame venne elaborato nel corso di un dibattito parlamentare giunto a conclusione alla vigilia dello scioglimento delle assemblee legislative.

<sup>5</sup> Come noto, l'onnicomprensività della "programmazione dei lavori pubblici" è venuta meno a seguito della novella apportata all'art. 14 della legge n. 109 del 1994, dall'art. 7 della legge 1 agosto 2002, n. 166 (in G.U. 3 agosto 2002, n. 181, S.O.) che ne ha limitato l'ambito operativo ai lavori "di singolo importo superiore a 100.000 euro" (art. 16, comma 1, succ. mod.).

D'altro canto, la evidente residualità del criterio dell'"offerta economicamente più vantaggiosa" risultava in modo immediato dalle ipotesi contrattuali-procedimentali nelle quali la stessa veniva prevista (o più correttamente, imposta): da un lato, la "concessione di lavori pubblici", specifico strumento di realizzazione caratterizzato dall'assunzione in capo al privato realizzatore dell'onere (precipuo) di finanziamento dell'opera da realizzare e della relativa alea di gestione <sup>6</sup>, dall'altro l'"appalto concorso" <sup>7</sup>, storico sistema di scelta del contraente privato – di per sé esplicitatesi in una valutazione dei progetti presentati dai concorrenti unitamente alla

---

<sup>6</sup> Non è questa la sede per soffermarsi sull'istituto della "concessione di lavori pubblici", come ridefinita dal legislatore comunitario nell'unica forma della "concessione di costruzione e gestione" e come successivamente adattata nell'ordinamento nazionale nelle successive versioni della legge quadro in materia di lavori pubblici. Per inquadramento dell'istituto nel nuovo quadro normativo, nazionale si v., fra gli altri, non senza note critiche, AMOROSINO, *La concessione di progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche da figlia prediletta (del potere) a figlia cadetta un po' rimpannucciata*, in *Riv. Trim. appalti*, 2003, 403 ss.. A porre definitivamente in evidenza il rilievo del trasferimento al concessionario dell'alea relativa alla gestione rispetto ad altri elementi comunemente assunti a caratterizzazione della sussistenza del rapporto concessorio (quali la finalizzazione del servizio gestito alla collettività, ovvero la corresponsione di un "prezzo" non superiore ad una determinata percentuale del valore dell'investimento) è stata, forse per la prima volta in modo definitivo, la "Comunicazione Interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario" (in *G.U.C.E.*, 29 aprile 2000, n. C 121/2); per un commento si cfr. fra gli altri BARONE – BASSI U., *La Comunicazione Interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario: spunti ricostruttivi*, in *Foro it.*, 2000, 4, 389 ss.; SPINELLI-QUARTA, *Appalti pubblici europei: la comunicazione interpretativa della Commissione in tema di concessioni*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 565 ss.; LEGGIADRO, *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Urbanistica e appalti*, 2000, 1072 ss., nonché l'opera monografica di CARANTA, *I contratti pubblici*, 2004, Torino, 95 ss..

<sup>7</sup> Sull'"appalto concorso" sono vastissimi i contributi in dottrina; di particolare rilievo, con specifico riferimento alla ricostruzione storica dell'istituto, fra gli altri, SANDULLI, *Strumenti giuridici in Quaderni Isgea*, n. 20, 1981, 29 ss.; PREDIERI, *Strumenti giuridici della contrattazione pubblica per programmi nelle opere pubbliche: modelli stranieri e loro utilizzazione in Italia*, ivi, 97 ss.; SCOCA, *Principi generali e finalità delle procedure di scelta del concessionario e dell'appaltatore nella esecuzione dei lavori pubblici*, in *ATTI Convegno CERISOP*, Roma, 4/5 giugno 1982, 34; BENNATI, *Manuale di contabilità di Stato*, Napoli, 1983, 97.; FAZIO, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, Milano 1984, 87 ss.; GRECO, *I contratti dell'amministrazione fra pubblico e privato*, Milano 1986, 15 ss.; PREDIERI, *Strumenti giuridici della contrattazione pubblica per programmi nelle opere pubbliche: modelli stranieri e loro utilizzazione in Italia*, in *Quaderni Isgea*, n. 20, 1981, 97 ss.; PITTALIS, *Appalto concorso* (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1987, Vol. I, 287 ss..

relative proposte economiche <sup>8</sup>- il cui avvalimento, peraltro, veniva ridotto a marginali ipotesi e comunque condizionato da puntuali oneri procedurali <sup>9</sup>.

In altri termini, la riforma operata con la legge n. 109 del 1994 eliminava quella "alternativa" fra i criteri di aggiudicazione del "prezzo più basso" e dell'"offerta economicamente più vantaggiosa" che aveva caratterizzato l'esperienza normativa nazionale dei precedenti ultimi decenni sulla scorta dell'impostazione comunitaria già rinvenibile nella direttiva 71/305/CEE <sup>10</sup>.

D'altro canto, meno di tre anni prima dell'approvazione della legge n. 109 del 1994, il legislatore delegato nazionale, in sede di recepimento della direttiva 89/440/CEE e in speculare riproposizione dei contenuti della stessa (tanto che sul punto si parlò di recepimento "fotocopia"), aveva riaffermato, quantomeno con riferimento alle commesse di importo superiore alla soglia comunitaria, non solo la interscambiabilità dei due criteri di aggiudicazione (cfr. art. 29, decreto legislativo 19 dicembre 1991, n. 406 <sup>11</sup>) ma anche la loro indifferente applicazione – ovviamente nei limiti della logicità e ragionevolezza - a tutte le procedure di scelta del contraente formalizzate nell'ambito del medesimo testo normativo (aperta/pubblico incanto; ristrette/licitazione privata o appalto concorso; negoziate/trattativa privata con bando o senza bando).

La scelta del Legislatore del 1994 ha rotto detta continuità: la limitazione della facoltà di avvilimento del criterio dell'"offerta economicamente più vantaggiosa" a

---

<sup>8</sup> Dalla combinazione di elementi apprezzabili secondo valutazioni discrezionali ed elementi oggetto di valutazioni automatiche (sull'importo contrattuale, sul tempo di realizzazione) discende la qualificazione dell'appalto concorso (al pari delle altre procedure indette sulla base del criterio dell'"offerta economicamente più vantaggiosa") come procedura "semiautomatica" (così, T.a.r. Liguria, II, 29 agosto 2001, n. 899, in *Ragiusan* 2002, f. 219, 126; T.a.r. Campania, Napoli, 12 ottobre 1998, n. 3166, in *Ragiusan*, 1999, f. 185, 156.).

<sup>9</sup> Sin dalla versione originaria della "legge quadro", il ricorso all'"appalto concorso" è stato circoscritto alle ipotesi di realizzazione di "speciali lavori ... di opere complesse o ad elevata componente tecnologica, la cui progettazione richieda il possesso di competenze particolari o la scelta tra soluzioni tecniche differenziate" (art. 20, comma 4, legge n. 109 del 1994). Il parere "vincolante" del Consiglio Superiore dei Lavori pubblici sulla ammissibilità della scelta del sistema di gara è stato "degradato" ad "obbligatorio" con la riforma ter (Legge 18 novembre 1998, n. 415, in G.U. 4 dicembre 1998, n. 284, S.O.) ed infine limitato alle ipotesi di appalto di importo pari o superiore ai 25.000.000 Euro dalla legge 1 agosto 2002, n. 166 (in G.U. 3 agosto 2002, n. 181, S.O.).

<sup>10</sup> A tal proposito si opera riferimento al contenuto dell'art. 24 della legge 8 agosto 1977, n. 584 (in G.U. 26 agosto 1977, n. 232) di (tardivo) recepimento della direttiva 71/305/CEE.

<sup>11</sup> In G.U. 27 dicembre 1991, n. 302 S.O..

ipotesi del tutto residuali si pone in netta antitesi rispetto alla flessibilità delle soluzioni amministrative consentite dalle direttive comunitarie.

Restava peraltro il problema – più che mai evidente – della effettiva compatibilità di detta scelta con l'ordinamento comunitario. Problema, quest'ultimo, non solo rilevato immediatamente da parte della dottrina<sup>12</sup>, ma anche al centro della significativa vicenda giurisdizionale cui diedero avvio i numerosi ricorsi alla Corte Costituzionale proposti da svariate Regioni avverso la legge n. 109 del 1994 e conclusasi con la sentenza 7 novembre 1995, n. 482 della stessa Corte<sup>13</sup>.

In particolare, fu la Regione Emilia Romagna a sollevare, fra i vari profili di doglianza, la contrarietà dell'art. 21, comma 1, della legge n. 109 del 1994 con la disciplina comunitaria e con gli articoli 11 e 97, comma 1 della Costituzione e la correlata violazione dell'autonomia legislativa regionale discendente dall'attribuzione alle disposizioni della legge del valore di "norme fondamentali di riforma economico-sociale e principi della legislazione dello Stato"<sup>14</sup>, sotto due distinti, ma correlati, profili.

Da un lato, laddove l'art. 21 esclude la facoltà delle stazioni appaltanti di aggiudicare le licitazioni private con il "criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa" (con esclusione di quelle finalizzate all'affidamento di concessioni); dall'altro, laddove lo stesso articolo non ammette la possibilità per le imprese – ove sollecitate in tal senso dalle stazioni appaltanti - di presentare offerte in variante

---

<sup>12</sup> Così, fra gli altri, BOSETTI, *La nuova legge sui lavori pubblici*, Bergamo 1999, 179.

<sup>13</sup> In *Cons. Stato*, 1995, II, 1927. Per un commento di carattere generale, si v., fra gli altri, MORBIDELLI, *Esiste ancora la materia "lavori pubblici di interessi regionale" ? Ovvero dal regionalismo "cooperativo" al regionalismo "vigilato"*, in *Le Regioni*, 1996, I, 394 ss.; POLICE, *L'ambito di applicazione della legge quadro in materia di lavori pubblici e l'"actio finium regundorum" della Corte Costituzionale*, in *Giur. It.*, 1996, I, 398 ss.; ANELLI, *L'articolo 1, comma 2, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 alla luce della sentenza della Corte Costituzionale 482 del 7 novembre 1995*, in *Riv. Trim. Appalti*, 1995, I, 105 ss..

<sup>14</sup> La qualificazione come "norme fondamentali di riforma economico-sociale e principi della legislazione dello Stato" delle disposizioni della legge n. 109 del 1994, operata dall'art. 1, comma 2 della stessa legge, è tale da superare la pacifica considerazione sulla non qualificazione in punto di illegittimità costituzionale – ma di disapplicazione – del contrasto fra disposizioni statali e normativa comunitaria. Ciò in quanto dette disposizioni, così qualificate, si sarebbero poste rispetto alla legislazione regionale in un rapporto di vincolante condizionamento che lo Stato avrebbe potuto far valere in sede di controllo. Di qui, anche in relazione al principio della certezza del diritto, l'interesse di una pronuncia della Corte Costituzionale anche su detti contrasti.

rispetto al progetto a base di gara (da valutare chiaramente in senso prioritariamente qualitativo) <sup>15</sup>.

Ovviamente, il tema della compatibilità della legge quadro al diritto ed ai principi comunitari non poteva essere sfuggito al Legislatore già ripreso in precedenza dalla Corte di Giustizia su specifici profili disciplinari in materia di appalti di lavori pubblici <sup>16</sup>, tanto che all'art. 1 della legge veniva solennemente ed espressamente affermata la primazia del diritto comunitario e della libertà di concorrenza nel sistema nazionale dei lavori pubblici: affermazione di per sé non pleonastica in quanto significativa dell'introduzione nella disciplina dei lavori pubblici del valore giuridico della libera concorrenza non unicamente nei limiti di un recepimento doveroso del diritto comunitario, ma – e questo dato risulta particolarmente significativo con riferimento alla sentenza della Corte di Giustizia in commento – anche come scelta autonoma del legislatore nazionale da realizzare anche in situazioni non rilevanti per il commercio intracomunitario. In quest'ottica, la protezione del libero mercato fondato sulla competizione degli operatori ha assunto non solo rilievo strumentale all'interesse pubblico delle amministrazioni, ma anche forza di un limite esterno all'azione amministrativa vincolata al rispetto della libertà di concorrenza.

---

<sup>15</sup> Sotto detto profilo venne sollevato il contrasto della norma nazionale con il disposto dell'art. 20 bis della direttiva 71/305/CEE come integrato dalla direttiva 89/440/CEE (traslato nell'art. 30 della direttiva 93/37/CE) secondo cui, sempre in sede di gara secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, "le amministrazioni aggiudicatrici possono prendere in considerazione le varianti presentate dagli offerenti qualora esse siano conformi ai requisiti minimi prescritti dalle suddette amministrazioni". La mancata previsione di detta facoltà venne considerato dalla ricorrente Regione Emilia Romagna come un irrazionale irrigidimento del progetto e delle offerte, trattandosi di meccanismo che avvantaggia sia l'impresa a tecnologia più avanzata sia la stessa amministrazione, non vincolata ai dettagli di progetto quando questo possa essere più vantaggiosamente realizzato in altro modo nel rispetto di minimi prestabiliti.

<sup>16</sup> Si ricordi, su tutti, il caso "Costanzo c. Comune di Milano", (C.d.G. 22 giugno 1989, in causa 103/88, in *Racc. giur. C.d.g.* 1989, 1839), in punto alla contrarietà fra disciplina nazionale e comunitaria in materia di "offerte anormalmente basse", commentata, fra gli altri da CARANTA, *Sull'obbligo dell'amministrazione di disapplicare gli atti di diritto interno in contrasto con disposizioni comunitarie*, in *Foro amm.*, 1990, 1372 ss.; MARZONA, *P.A. ed integrazione diritto interno-diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 1991, 435 ss.; TASSONE, *Ancora sui rapporti fra diritto interno e diritto comunitario in materia di appalti pubblici: direttive immediatamente applicabili e obbligo dell'amministrazione di disapplicare le norme nazionali con esse contrastanti*, *ivi*, 1992, 554 ss.; COLABIANCHI, *Direttive comunitarie sugli appalti: efficacia diretta per la pubblica amministrazione*, 1990, I, 8 ss.; BARONE, *L'efficacia diretta delle direttive Cee*

Ma, ciò nonostante, proprio sotto il profilo della contrarietà all'ordinamento comunitario, si pongono gran parte delle censure e perplessità delle ricorrenti Regioni, le quali, oltre al profilo qui di interesse, mossero specifiche censure con riferimento sia alle evidenti discordanze esistenti in punto alla definizione dell'oggetto del contratto di "appalto di lavori pubblici"<sup>17</sup>, nonché alla radicale restrizione delle ipotesi di procedura negoziata/trattativa privata per la scelta del contraente rispetto a quelli ammessi dalla normativa comunitaria<sup>18</sup>.

---

*nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Costituzionale, in Foro It., 1991, IV, 1, 30 ss..*

<sup>17</sup> La definizione dell'oggetto dell'"appalto di lavori pubblici" rinvenibile nella legge n. 109 del 1994 – anche come successivamente modificata dal D.L. 3 aprile 1995, n. 101 (convertito in legge 2 giugno 1995, n. 216), dalla legge n. 415 del 1998, cit. e dalla legge 1 agosto 2002., n. 166 – è sicuramente più ristretta rispetto a quella rinvenibile nelle direttive comunitarie (89/440/CEE, 93/37/CEE, nonché, da ultimo, 2004/18/CE) potendo ricomprendere, oltre alla mera realizzazione dei lavori, anche la "progettazione ed esecuzione" (consentita nell'ordinamento nazionale unicamente nelle specifiche ipotesi di "appalto integrato" ex art. 19 comma 1, lett. b, della legge n. 109 del 1994 succ. mod. e comunque con prestazione progettuale riferita al solo livello esecutivo) e "l'"esecuzione con qualsiasi mezzo" (ammessa unicamente nella forma dell'"affidamento a contraente generale" per la realizzazione delle infrastrutture strategiche ex lege 21 dicembre 2001, n. 443 – in G.U. 27 dicembre 2001, n. 299, S.O. n. 279 - e d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190 – in G.U. 26 agosto 1999, n. 199, S.O. n. 174).

<sup>18</sup> L'articolo 7, ai commi 2 e 3, della direttiva 93/37/CE dispone che "le amministrazioni aggiudicatrici possono attribuire gli appalti di lavori mediante la procedura negoziata, dopo aver pubblicato un bando di gara e selezionato i candidati secondo criteri qualitativi e resi noti nei casi seguenti: a) in caso di offerte irregolari in esito ad una procedura aperta o ristretta, o in caso di deposito di offerte inaccettabili ai sensi delle disposizioni nazionali compatibili con le prescrizioni del titolo IV, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate ..... ; b) per i lavori realizzati unicamente a scopo di ricerca, sperimentazione o messa a punto e non per assicurare una redditività o il recupero dei costi di ricerca e di sviluppo; c) in casi eccezionali, qualora si tratti di lavori la cui natura o i cui imprevisti non consentano una fissazione preliminare e globale dei prezzi. 3. Le amministrazioni aggiudicatrici possono attribuire gli appalti di lavori mediante la procedura negoziata, senza pubblicazione preliminare di un bando di gara, nei casi seguenti: a) quando nessuna offerta o nessuna offerta appropriata è stata depositata in esito ad una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate .....; b) per i lavori la cui esecuzione, per motivi tecnici, artistici o inerenti alla tutela dei diritti d'esclusiva, può essere affidata unicamente ad un imprenditore determinato; c) nella misura strettamente necessaria, quando l'urgenza imperiosa, risultante da eventi imprevedibili per le amministrazioni aggiudicatrici in questione, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate di cui al par. 2. ....; d) per i lavori complementari che non figurano nel progetto inizialmente aggiudicato né nel primo contratto concluso e che sono divenuti necessari, a seguito di una circostanza imprevista, all'esecuzione dell'opera quale è ivi descritta, a condizione che siano attribuiti all'imprenditore che esegue tale opera:- quando tali lavori non possono essere, tecnicamente o economicamente, separati dall'appalto principale senza gravi inconvenienti per le

## **2. La determinazione n. 53 del 7 dicembre 2000 dell’Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici: il criterio del “prezzo più basso” come garanzia di concorrenza.**

Il rilievo che si è dato alla vicenda è ampiamente motivato dal fatto che la questione pregiudiziale su cui si è espressa la Corte di Giustizia con la sentenza 7 ottobre 2004, in causa C-247/02, *Sintesi S.p.A./Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici*, trae propria origine dall’impugnazione di una determinazione dell’Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici che ha tratto argomenti a fondamento delle conclusioni formulate proprio da una – comunque impropria – lettura di alcune considerazioni svolte dalla Corte Costituzionale nella citata sentenza n. 482 del 1995 in merito alla problematica del contrasto fra specifici contenuti della legge n. 109 del 1994 rispetto a vincoli discendenti da norme della Comunità europea <sup>19</sup>.

In particolare, l’attenzione dell’Autorità si è soffermata sulle specifiche considerazioni svolte dal giudice delle leggi in merito alla denunciata difformità della disciplina della “trattativa privata” rispetto al regime comunitario della “procedura negoziata”. In quella sede, le questione era stata reputata infondata reputando inappropriato qualsiasi giudizio formale di conformità rispetto al tenore letterale della disposizione di cui alla direttiva (indiscutibilmente dissimile) in

---

amministrazioni aggiudicatrici; - oppure quando tali lavori, quantunque separabili dall’esecuzione dell’appalto iniziale, siano strettamente necessari al suo perfezionamento.

Tuttavia, l’importo cumulato degli appalti aggiudicati per i lavori complementari non deve superare il 50% dell’importo dell’appalto principale; e) per nuovi lavori consistenti nella ripetizione di opere simili affidate all’impresa titolare di un primo appalto dalle medesime amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che tali lavori siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto attribuito secondo le procedure di cui al par. 4” (aperte o ristrette).

Di ben più ristretta portata l’ambito applicativo della trattativa privata nella legge n. 109 del 1994. Si riporta a tal proposito quanto disposto dall’articolo 24 della citata legge nel testo vigente secondo cui “l’affidamento a trattativa privata è ammesso per i soli appalti di lavori pubblici esclusivamente nei seguenti casi: 0a) lavori di importo complessivo non superiore a 100.000 euro; a) lavori di importo complessivo compreso tra oltre 100.000 euro e 300.000 euro, nel rispetto delle norme sulla contabilità generale dello Stato e, in particolare, dell’[articolo 41 del regio decreto 23 maggio 1924, n. 827](#); b) lavori di importo complessivo superiore a 300.000 euro, nel caso di ripristino di opere già esistenti e funzionanti, danneggiate e rese inutilizzabili da eventi imprevedibili di natura calamitosa, qualora motivi di imperiosa urgenza attestati dal dirigente o dal funzionario responsabile del procedimento rendano incompatibili i termini imposti dalle altre procedure di affidamento degli appalti”.

<sup>19</sup> Si tratta della determinazione n. 53 del 07/12/2000 (in G.U., 28.12.2000, n. 301), *Il criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa. Art. 21. co. 2, lett. a), della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni.*



favore di un esame finalizzato a verificare, in via sostanziale, la sussistenza di una effettiva lesione del diritto comunitario degli appalti sotto il profilo della violazione dei principi di massima trasparenza e concorrenza <sup>20</sup>. Ciò posto, è stato abbastanza agevole per la Corte Costituzionale, traendo argomenti dalla natura “eccezionale” della procedura negoziata comunitaria, escludere qualsiasi “effettiva lesione” nel caso contestato, posto che, in forza della disciplina posta dal legislatore nazionale, il connotato di “eccezionalità” assumeva caratteri ancora più rigorosi.

Nel caso oggetto di analisi, l’Autorità ha traslato in blocco il sopra descritto approccio interpretativo della Corte anche alla ben diversa questione relativa alla compatibilità fra il disposto dell’articolo 20, comma 1 legge n. 109 del 1994 ed l’articolo 30, direttiva 93/37: l’imposizione di un criterio di aggiudicazione di natura “automatica” e non discrezionale, quale quello del “prezzo più basso”, operata “in una ritenuta – da parte del legislatore – prospettiva di maggior rigore” è fattore reputato dall’Autorità come tale da assicurare “in modo più esteso” la concorrenza.

Conseguentemente – seguendo sempre l’Autorità – non potrebbe dirsi sussistente alcun contrasto fra normativa interna e comunitaria difformità non essendosi determinata alcuna “lesione del diritto comunitario”. La “tendenziale” ispirazione “al rispetto dei principi del diritto comunitario” <sup>21</sup>.dell’intero impianto della legge n. 109 del 1994 – legge quadro organica sull’intero settore dei lavori pubblici e non mera normativa di recepimento – costituirebbe garanzia di compatibilità con l’ordinamento comunitario. In quest’ottica, secondo l’Autorità, la tutela della libera concorrenza è connessa inscindibilmente al “maggior rigore” rappresentato dal criterio del “prezzo più basso”, il cui carattere automatico è tale da precludere ogni possibilità – se non di comportamenti collusivi fra le imprese – quantomeno di “discutibili” valutazioni da parte delle stazioni appaltanti.

Alla luce delle suddette considerazioni, l’Autorità ha quindi censurato l’avvenuta indizione ed aggiudicazione, nel pieno regime della legge n. 109 del

---

<sup>20</sup> “La legge denunciata stabilisce, negli appalti di opere pubbliche, il principio della gara per la selezione dei contraenti cui affidare la realizzazione delle opere. L’esigenza di fondo è quella di assicurare la massima trasparenza nella scelta dei contraenti e la concorrenza tra diverse imprese. La trattativa privata è ammessa solo in ambiti più ristretti e rigorosi di quanto non preveda la normativa comunitaria, che peraltro configura il ricorso alla procedura negoziata come eccezione rispetto alla regola della procedura aperta o della procedura ristretta, le quali implicano una gara tra imprese concorrenti. La norma nazionale assicura in modo ancor più esteso la concorrenza e non determina una lesione del diritto comunitario, che consente, ma non impone, la trattativa privata” (Corte Cost. 7 novembre 1995, n. 482, punto 15, cit.).

<sup>21</sup> Cfr. Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici, cit.

1994, di una licitazione privata avente ad oggetto la realizzazione di un parcheggio sotterraneo, bandita da una Società partecipata dal Comune di Brescia sulla base del criterio dell'”offerta economicamente più vantaggiosa”, da valutarsi sulla base del prezzo, del valore tecnico e del tempo necessario alla realizzazione dell’opera, in diretta applicazione dell’art. 30 della direttiva 93/37/CE.

Le conclusioni dell’Autorità destano alcune perplessità immediatamente percepibili dalla impropria enfattizzazione, nel caso di specie, delle considerazioni svolte dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 482 del 1995. A prescindere, difatti, da qualsivoglia considerazione sul ruolo assunto in quella sede della Corte in punto di verifica della compatibilità del diritto nazionale a quello comunitario, un’analisi attenta della sentenza avrebbe dovuto motivare un ben diverso atteggiamento, in quanto, proprio con riferimento alla specifica censura proposta in merito dalla regione Emilia Romagna, la Corte non assunse alcuna posizione, non esprimendosi in alcun modo sul quesito. Ciò, ben diversamente rispetto a quanto occorso rispetto ad altre scelte operate nella legge n. 109 del 1994 – quali, su tutte, l’eliminazione della possibilità di selezione delle imprese da invitare alle procedure ristrette e la drastica riduzione delle ipotesi di trattativa privata – qualificate, come si è visto, alla stregua di ulteriori garanzie del principio comunitario di massima concorrenza. Già sotto questo profilo la connessione privilegiata fra “libertà di concorrenza” e “offerta al prezzo più basso” non pareva quindi avere ragionevole fondamento.

D’altro canto, anche il riferimento alla “tendenziale ispirazione” della legge n. 109 del 1994 “ai principi del diritto comunitario” non pare sufficientemente precisa: se il rapporto fra direttive comunitarie e normativa nazionale di recepimento dovesse difatti qualificarsi sotto il profilo della semplice “ispirazione” e non invece sotto quello della “conformità” verrebbe immediatamente meno l’obiettivo proprio delle direttive di “armonizzazione” delle discipline nazionali.

La questione, portata alla cognizione del giudice amministrativo, ha consigliato, per ovvie ragioni di competenza, il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia <sup>22</sup>.

Nella fattispecie, il giudice, dopo avere reputato come “l’assenza” nell’articolo 30 della direttiva 93/37 di connessioni strette fra criteri di aggiudicazione e procedure di gara assuma “l’univoco significato” di attribuire all’Amministrazione appaltante la scelta se aggiudicare la gara “in base all’uno o all’altro criterio ... in base ad una valutazione da operarsi in concreto ed *ex ante*” con riferimento al

singolo appalto, ha “costruito” il quesito da sottoporre alla Corte di Giustizia, partendo dal rilievo dell’insussistenza di un contrasto immediato e palese fra articolo 21, comma 1, legge n. 109 del 1994 ed articolo 30 della direttiva 93/37 e correlando, in via dubitativa, la facoltà di scelta fra criteri di aggiudicazione attribuita dalla direttiva 93/37 alla garanzia del principio di libera concorrenza di cui all’art. 81 (ex art. 85) del Trattato<sup>23</sup>. Solo nel caso in cui sussista detta correlazione fra principio di libera concorrenza e facoltà di scelta del criterio da parte della stazione appaltante è possibile rinvenire – a giudizio del giudice lombardo – “un vulnus all’ordinamento comunitario”, con conseguente facoltà o obbligo (a seconda di come ci si ponga nel caso specifico) di disapplicazione dell’art. 21, comma 1, legge n. 109 del 1994<sup>24</sup>.

A *latere* della descritta questione, il T.a.r. Lombardia ha offerto un ulteriore elemento in punto di fatto che aveva assunto rilievo specifico nel procedimento di fronte all’Autorità<sup>25</sup> e che – come si vedrà – costituirà spunto di un’importante precisazione nella sentenza della Corte di Giustizia -. Si tratta della precisazione della circostanza che l’appalto, pur bandito sulla base di un progetto esecutivo

---

<sup>22</sup> Il rinvio alla Corte di Giustizia è avvenuto con l’ordinanza T.a.r. Lombardia, Brescia, 26 giugno 2002, n. 997.

<sup>23</sup> “*E’ opinione del Collegio ...che occorra ... indagare sul reale significato della potestà discrezionale riconosciuta dall’art. 30 della Direttiva alle Amministrazioni aggiudicatrici, atteso che la conclusione che l’interpretazione di detta norma pare rilevante sul piano della garanzia del principio di libera concorrenza fra le imprese sancito dall’art. 81 (ex art. 85) del Trattato, che esige che quest’ultimo non sia impedito, ristretto o falsato all’interno del mercato comune con riferimento all’omogenea valutazione delle offerte presentate in sede di gara*” (così ordinanza T.a.r. Lombardia, Brescia, cit., punto 2).

<sup>24</sup> Si riportano le questioni poste dal T.a.r. Lombardia, Brescia:

“*Se l’art. 30, 1° comma della Direttiva 14.6.1993, n. 93/37, laddove attribuisce alle singole Amministrazioni aggiudicatrici la scelta del criterio d’aggiudicazione, individuato alternativamente nel prezzo più basso o nell’offerta più vantaggiosa, costituisca conseguente applicazione del principio di libera concorrenza già sancito dall’art. 85 (ora 81) del Trattato, che esige che ogni offerta nelle gare indette all’interno del mercato unico siano valutate in modo che non sia impedito, ristretto o falsato il confronto fra le stesse*”

“*Se in via strettamente conseguente l’art. 30 della Direttiva 1.6.1993, n. 93/37 osti a che l’art. 21 della L. 11.2.1994, n. 109 precluda per l’aggiudicazione degli appalti a procedura aperta e ristretta in materia di lavori pubblica la scelta da parte delle Amministrazioni aggiudicatrici del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, prescrivendo in via generale solo quello del prezzo più basso*”.

<sup>25</sup> Il tema, trattato in sede di procedimento di fronte all’Autorità, verteva sulla necessità o meno che per la valutazione dell’elemento “valore tecnico” nella concreta applicazione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa il progetto posto a base di gara fosse modificabile da parte dei concorrenti in sede di offerta.

predisposto dall'Amministrazione, riguardava un'opera interrata in zona sottoposta a vincolo storico-artistico<sup>26</sup>, di natura molto complessa e che nel progetto esecutivo – insuscettibile di proposte in variante in sede di gara – si innestavano “una serie di elementi tecnici, da fornirsi da parte degli offerenti, la cui valutazione” appariva “comunque utile, se non indispensabile per individuare il soggetto più idoneo cui affidare i relativi lavori”<sup>27</sup>.

### **3. Il tendenziale “revirement” del legislatore nazionale: il comma 1ter dell'articolo 21 della legge n. 109 del 1994.**

Non è corretto pensare che il problema di compatibilità della normativa nazionale sui lavori pubblici in materia di criteri di aggiudicazione rispetto all'ordinamento comunitario non abbia trovato considerazione alcuna in sede normativa già antecedentemente alla pronuncia della Corte di Giustizia.

Con una scelta comunque in linea con ulteriori indicazioni normative di poco precedenti, il Legislatore, nell'ambito della riforma quater della legge n. 109 del 1994 (Legge 1 agosto 2002, n. 166), ha introdotto, all'articolo 21, il comma 1ter, nel quale – con intento palesemente “correttivo” della radicale impostazione originaria della legge – è stato espressamente ampliata la possibilità di utilizzazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, estendendola anche ai pubblici incanti ed alle licitazioni private relative ad appalti di importo superiore alla soglia comunitaria e sempre che si tratti di appalti in cui “*per la prevalenza della componente tecnologica o per la particolare rilevanza delle possibili soluzioni progettuali, si ritiene possibile che la progettazione possa essere utilmente migliorata con integrazioni tecniche proposte dall'appaltatore*”<sup>28</sup>.

Oltre a richiamare l'attenzione sulla significativa assonanza fra la locuzione “*integrazioni tecniche proposte dall'appaltatore*” (nel senso di concorrente-offerente aggiudicatario) di cui al comma 1ter dell'art. 21, come integrato, e la locuzione “*elementi tecnici, da fornirsi da parte degli offerenti*” utilizzata dal T.a.r. Lombardia nell'ordinanza di rinvio alla Corte di Giustizia per trarre indicazioni

---

<sup>26</sup> In particolare, si trattava della realizzazione di un parcheggio interrato alle pendici del Castello di Brescia che si colloca sulla sommità della collina nel centro storico della città.

<sup>27</sup> Cfr. Ordinanza T.a.r. Lombardia, Brescia, cit.

<sup>28</sup> Sul punto, *ex multis*, cfr. DE NICTOLIS, *I criteri di aggiudicazione e le commissioni di gara*, in AA.VV. (a cura di CARINGELLA-DE MARZO), *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, Milano, 2003, 1018 ss.; ID., *Novità in materia di lavori pubblici (L. n. 116 del 2002 e L. n. 190 del 2002)*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

circa l'opportunità, nel caso oggetto di cognizione, del ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, deve essere significato come la novella testé riportata costituisce solo uno degli svariati elementi di "ravvicinamento" della normativa in materia di lavori pubblici alla rappresentazione letterale degli istituti della direttiva 93/37/CE<sup>29</sup>, che trova, ad oggi, l'esempio maggiormente compiuto non nell'ordinamento generale ma nella specifica disciplina sulla realizzazione di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici di cui alla legge 21 dicembre 2001, n. 443 (cd. "Legge Obiettivo")<sup>30</sup> ed al relativo decreto attuativo (decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190)<sup>31</sup>. Sotto quest'ultimo profilo, significativa la scelta del legislatore di prevedere, per la realizzazione di dette opere, un "*regime speciale anche in deroga*" non solo "*agli articoli 2, da 7 a 16, 19, 20, 21, da 23 a 30, 32, 34, 37bis, 37ter, 37quater, della legge 11 febbraio 1994, n. 109*", ma anche "*alle ulteriori disposizioni della medesima legge che non siano necessaria ed immediata applicazione delle direttive comunitarie*".

Alla significativa introduzione di una bipartizione fra norme della legge n. 109 del 1994 che costituiscono o meno "necessaria ed immediata applicazione delle direttive comunitarie", si accompagnano nel decreto n. 190 del 2002 (spec. art. 10) il rinvio, per quanto ivi non disciplinato, al regime procedimentale della direttiva 93/37/CE (e non della legge n. 109 del 1994, succ. mod.)<sup>32</sup>, l'espressa reintroduzione, nelle procedure ristrette, del meccanismo della "forcella" per la preselezione delle imprese da invitare alla presentazione delle offerte<sup>33</sup>, nonché – elemento questo centrale al fine della presente analisi – la perfetta ed assoluta "alternatività" (normativa) dei due criteri di aggiudicazione previsti dalla direttiva 93/37 (comma 4). Già dal 2002, quindi, la scelta degli affidatari (in qualità di concessionari o contraenti generali) della realizzazione di opere di cui alla "Legge Obiettivo", può potenzialmente avvenire sia sulla base del criterio del prezzo più basso sia su quello dell'offerta più vantaggiosa mediante la valutazione di una

---

<sup>29</sup> Ulteriore significativa innovazione in tal senso introdotta dalla legge n. 116 del 2002 è la semplificazione del regime degli appalti del concessionario (art. 2, comma 3) attraverso il defatigante – e per certi versi poco chiaro – rinvio alla disciplina degli appalti del concessionario rinvenibile nella direttiva 93/37.

<sup>30</sup> In G.U. 27 dicembre 2001, n. 299, s.o..

<sup>31</sup> In G.U. 26 agosto 2002, n. 199, s.o..

<sup>32</sup> Per completezza si segnala che per i soggetti aggiudicatori operanti nei settori cd. "speciali" si applicano residualmente, in luogo della direttiva 93/37, "le norme di cui al decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158" (art. 10, comma 5, d.lgs. n. 190 del 2002).

<sup>33</sup> Meccanismo della "forcella" espunto dall'ordinamento generale dei lavori pubblici dall'art. 23, comma 1 della legge n. 109 del 1994.

pluralità di elementi quali-quantitativi, in piena corrispondenza a quanto previsto dall'art. 30, direttiva 93/37/CE (ora art. 53, direttiva 2004/18/CE).

Ma, anche ove si prescinda dai contenuti e dalla finalità indubbiamente del tutto peculiari proprie della normativa di cui alla "Legge Obiettivo" che hanno motivato l'allontanamento dal rigorismo della legge n. 109 del 1994<sup>34</sup>, non può sfuggire, nelle esemplificazioni operate, la sussistenza di un intendimento, espressamente dichiarato dal legislatore, a rivedere nella sua complessità la legislazione in materia di lavori pubblici (tanto da qualificare l'intervento modificativo della "Merloni quater" come "parziale e provvisorio" – art. 7, legge n. 166 del 2002).

L'apparente superamento – in termini storico-istituzionali – della situazione di urgenza e rischio a fondamento della legge n. 109 del 1994 (peraltro già progressivamente rimaneggiata con i successivi interventi normativi), unitamente alla riconosciuta necessità di adeguamento della stessa al rinnovato sistema di competenze legislative conseguente alla riforma del Titolo V Cost.<sup>35</sup> e non da ultimo l'obbligo di dare recepimento, per quanto di spettanza, alla direttiva "unificata" 2004/18/CE<sup>36</sup>, costituiscono altrettanti motivi per l'annunciata radicale revisione.

---

<sup>34</sup> Per commenti al proposito, si v., fra gli altri, AA.VV. (a cura di CAIA-CUGURRA-DePRETIS-SCIULLO), *La realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 2003, 897 ss.

<sup>35</sup> In tal senso, testualmente, il disposto dell'articolo 7, legge n. 166 del 2002. Si prescinda, in questa sede, da qualsiasi analisi prognostica sui futuribili sviluppi normativi regionali sulla materia dei lavori pubblici conseguenti alla riforma costituzionale del Titolo V; sul punto si v. fra gli altri, FALCON, *Il nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, 3 ss.; STELLA RICHTER, *I lavori pubblici dopo la riforma del Titolo V della Costituzione: competenza dello Stato e competenza delle regioni*, in *Giust. Civ.*, 2002, II, 411 ss.; GRECO M., *Prime valutazioni in merito agli effetti della riforma costituzionale sulla normativa in materia di appalti*, in [www.giust.it](http://www.giust.it), 10/2001; OLIVIERI, *Problemi di costituzionalità della riforma degli appalti pubblici*, in [www.giust.it](http://www.giust.it), n. 7-8-2002; ROSSANO, *I lavori pubblici nel quadro della legge costituzionale 3 del 2001*, in *Riv. Trim. app.*, 2002, 508; BANDINI ZANIGNI, *Stato, Regioni ed enti locali davanti alla disciplina degli appalti pubblici dopo la legge costituzionale n. 3 del 2001*, in *Riv. Trim. app.*, 2003, 556 ss.; MIELE, *La riforma costituzionale del Titolo V della seconda parte della Costituzione: gli effetti sull'ordinamento*, in [www.giust.it](http://www.giust.it), 11/2001, CAMELLI, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, 1276 ss.; CARAVITA, *La costituzione dopo la riforma del titolo V*, Torino, 2002; CINTIOLI, *I lavori Pubblici e la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Urb. e App.*, 5/2002, 507 ss.; CARULLO, *L'accrescimento della competenza legislativa della Regione in materia di lavori pubblici dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Riv. trim. app.*, 4/2002, 622 ss..

<sup>36</sup> Per un primo commento alla direttiva unificata, PROTTO, *Il nuovo diritto europeo degli appalti*, in *Urbanistica ed appalti*, 2004, 755 ss..

Ma al di là di detti rilievi, quello che pare in via di superamento – e il recepimento della direttiva unificata costituirà di ciò un importante banco di prova per i legislatori nazionale e regionali – è l’assioma secondo cui il rigore sia caratteristica rinvenibile unicamente nei meccanismi automatici di valutazione. Assioma questo che aveva portato a conseguenze paradossali sul piano normativo, quali, in primo luogo, al rilievo secondo cui l’automaticità della valutazione costituisca presupposto indefettibile per garantire trasparenza nelle gare aventi ad oggetto la realizzazione di lavori pubblici, mentre, per contro non lo sia se la prestazione da acquisire è costituita da una fornitura o un servizio attesa la stretta “alternatività” fra criteri di aggiudicazione prevista nelle rispettive normative<sup>37</sup>.

Ed a ciò ha indubbiamente contribuito non solo la non meno rigorosa ottica “sostanziale” propria dell’impostazione comunitaria sia normativa che giurisprudenziale ma anche – pur con tutti i limiti sulla certezza delle regole che ne sono derivati – l’applicazione che del principio di trasparenza, massima concorrenzialità e *par condicio* hanno dato i giudici amministrativi in sede di sindacato di legittimità sulle pubbliche gare.

#### **4. La sentenza della Corte di Giustizia, 7 ottobre 2004, in causa C-247/02.**

Nel procedimento di fronte alla Corte di Giustizia, la posizione assunta dall’Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici ha trovato elementi di condivisione nelle osservazioni svolte dalla Commissione UE, la quale ha escluso che l’art. 21, comma 1 della legge n. 109 del 1994, laddove impone il ricorso al criterio del prezzo più basso “al fine di garantire la maggiore trasparenza possibile delle operazioni relative agli appalti di lavori pubblici”<sup>38</sup>, potesse essere reputato in contrasto con l’articolo 30, par. 1 della direttiva 93/37/CE, in quanto l’intendimento espresso dal legislatore nazionale, con l’approvazione del citato articolo 21, “sarebbe conforme all’obiettivo perseguito dalla direttiva, consistente nel garantire lo sviluppo di una concorrenza effettiva”<sup>39</sup>. Poiché difatti la direttiva non esprime preferenze nei confronti di alcun criterio di aggiudicazione, è opinione della Commissione che la scelta del criterio appropriato possa spettare alternativamente o alla singola Amministrazione aggiudicatrice ovvero, laddove se ne presenti

---

<sup>37</sup> Il riferimento è all’art. 19 del d.lgs. 24 luglio 1992, n. 358 (in G.U. 11 agosto 1992, n. 188) per quanto attiene agli appalti di forniture ed all’art. 23 del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157 (in G.U. 6 maggio 1995, S.O.) per quanto concerne gli appalti pubblici di servizi).

<sup>38</sup> Corte di Giustizia, 7 ottobre 2004, cit. punto 34

<sup>39</sup> Cort. Giust., 7 ottobre 2004, cit., punto 34

l'opportunità sul piano interno, al "legislatore nazionale, il quale ben potrà emanare una normativa applicabile a tutti gli appalti di lavori pubblici ovvero solamente a taluni tipi di appalti"<sup>40</sup>. In quest'ottica la scelta del legislatore nazionale di vincolare l'esperimento delle aste pubbliche e delle licitazioni private all'adozione del criterio del prezzo più basso non determinerebbe alcuna lesione in capo alle imprese potenzialmente interessate all'aggiudicazione, "atteso che lo stesso criterio, definito a priori, si applicherebbe ad ognuna di esse"<sup>41</sup>

La Corte di Giustizia non è stata dello stesso avviso.

Primo profilo considerato dal giudice comunitario è stato quello, invero centrale, relativo alla afferenza del principio di concorrenza ai principi fondamentali del diritto comunitario in materia di appalti pubblici cui, sulla scorta di precedente giurisprudenza<sup>42</sup> - è stata data soluzione positiva<sup>43</sup>.

A giudizio della Corte<sup>44</sup>, depone in tal senso, in primo luogo, il contenuto del preambolo della direttiva 93/37, dove "lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici" viene annoverato come specifico obiettivo della direttiva di armonizzazione<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> Rilievo questo avanzato anche dal governo austriaco secondo cui l'articolo 30 della direttiva, collocando i due criteri su un piano di parità, "non escluderebbe che, in considerazione degli appalti di cui trattasi, il legislatore nazionale proceda esso stesso direttamente" alla scelta del criterio da utilizzare "autorizzando o i due criteri o uno di essi, dato che la direttiva non attribuisce all'amministrazione aggiudicatrice alcun diritto soggettivo all'esercizio di tale scelta" (C.d.g. 7 ottobre 2004 cit., punto 31).

<sup>41</sup> Cort. Giust 7 ottobre 2004, cit punto 29

<sup>42</sup> Cfr. Cort. Giust. 16 settembre 1999, in causa C-27/98, Fracasso e Leitschultz, punto 26; 27 novembre 2001, cause riunite C-285/99 e C-286/99, Lombardini e Mantovani, punto 34; 12 dicembre 2002, in causa C-470/99, Universale Bau e altri, punto 89.

<sup>43</sup> Ciò sebbene come rilevato dall'Avvocato Generale Christine Stix-Hackl, 1 luglio 2004, la direttiva 93/37 non è funzionale all'attuazione dell'art. 81, Trattato.

<sup>44</sup> Punti 35 e 36, Sent. cit..

<sup>45</sup> Ciò al pari di quanto recato dai preamboli delle direttive 93/37 in materia di appalti pubblici di forniture e 92/50 in materia di appalti pubblici di servizi (così conclusioni Avvocato Generale, punto 31) e ribadito dal "considerando n. 2 e 36 (oltre che incidentalmente nn. 8, 12, 13, 15, 29, 31, 41, 46) del preambolo della direttiva 2003/18/CE.. Seguendo quanto argomentato dall'Avvocato Generale, nel settore degli appalti pubblici, il principio di concorrenza "risponde ad una serie di finalità di tutela. In primo luogo, ... ha per oggetto i rapporti tra imprese, vale a dire tra concorrenti o offerenti. Tra tali soggetti deve sussistere una concorrenza parallela in relazione alla richiesta di acquisto. In secondo luogo, il principio della concorrenza riguarda la relazione tra le amministrazioni aggiudicatrici, che vanno qualificate come imprese, e le imprese, segnatamente il *modus operandi* di un'amministrazione aggiudicatrice dominante nei confronti delle imprese o di un'impresa dominante nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice e la



In secondo luogo, il principio della concorrenza trova espressione in specifiche disposizioni della direttiva. In via esemplificativa, la Corte di Giustizia individua il disposto dell'articolo 22, punto 2 della citata direttiva, ove testualmente viene previsto che i concorrenti da invitare alle procedure ristrette devono essere comunque in numero tale da garantire una "concorrenza reale"<sup>46</sup>.

Profilo chiave della sentenza della Corte è il rilievo al punto 37, ove il giudice comunitario collega il perseguimento dello sviluppo di una "concorrenza effettiva" nel mercato dei lavori pubblici ad un'organizzazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti "in modo tale che l'amministrazione aggiudicatrice sia in grado di comparare diverse offerte e scegliere le più vantaggiosa in base a criteri obiettivi". Ciò nel presupposto che l'applicazione di entrambi i criteri individuati all'art. 30, par. 1 della direttiva deve garantire una concorrenza effettiva<sup>47</sup>

Il centrale tema della distinta valutazione sotto il profilo dell'effetto (più o meno favorevole) sulla concorrenza dei due criteri di aggiudicazione – che assume centrale rilevanza nella posizione assunte dall'Autorità sui Lavori Pubblici e parzialmente condivisa dalla Commissione – non è oggetto di espresse considerazioni da parte della Corte di Giustizia. Genericamente, nelle conclusioni

---

valutazione di tale modus operandi alla luce dell'art. 82 CE " . In terzo luogo, ... deve tutelare la concorrenza dal punto di vista istituzionale". Sul punto, in giurisprudenza, cfr. C.d.G., 20 settembre 1988, in causa 31/87, Beentjes, punto 21; 22 giugno 1993, in causa C-243/89, Commissione/Germania, punto 33, 16 settembre 1999, cit., punto 26; 17 settembre 2002, in causa C-513/99, Concordia Bus Finland Oy, punto 81; 12 dicembre 2002, cit., punto 89.

<sup>46</sup> L'Avvocato Generale, nelle conclusioni formulate, cit. (punti 37, 38, 39, 40) individua ulteriori disposizioni delle direttive in materia di lavori pubblici dove il principio di concorrenza trova concreta espressione. In particolare, si opera riferimento alle disposizioni "relative ai tipi di procedure di aggiudicazione ammissibili nonché al loro iter procedurale", segnatamente" riguardanti "i termini da osservare nelle diverse fasi della procedura nonché il divieto di trattative a posteriori (anche se –ad onor del vero – quest'ultimo divieto è di stretta elaborazione giurisprudenziale ), a quelle "relative al capitolato d'oneri, soprattutto in materia di specifiche tecniche, le disposizioni riguardanti la selezione qualitativa delle imprese nonché" proprio a quelle "concernenti i criteri di aggiudicazione". Sotto quest'ultimo profilo, "l'obbligo dell'amministrazione aggiudicatrice di stabilire preventivamente i criteri nonché di rispettarli è funzionale alla concorrenza" al pari, in taluni casi dell'obbligo di "non divulgare ad altre imprese talune informazioni riguardanti un'impresa".

<sup>47</sup> Cfr "considerando" n. 46, direttiva 2003/18/CE, ove si legge "l'aggiudicazione dell'appalto deve essere effettuata applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento e che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza. Di conseguenza occorre ammettere soltanto l'applicazione di due criteri di aggiudicazione: quello del <<prezzo più basso>> e quello dell'<<offerta economicamente più vantaggiosa>>".

dell'Avvocato Generale, si legge che trattasi di tema non oggetto della domanda di pronuncia pregiudiziale e che, comunque, una valutazione generica della questione “non può essere oggetto di un'analisi giuridica” nell'ambito del procedimento pregiudiziale. Ciò nonostante viene fatto rilevare che “*il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non consente solo una concorrenza di prezzo, ma anche una concorrenza di altri fattori, vale a dire una concorrenza di posizioni*”<sup>48</sup>.

Più radicale, l'impostazione della Corte di Giustizia che – invero senza eccessivo dettaglio nelle argomentazioni – dalla necessità di “obiettività” dei criteri di valutazione (rinvenuta nella elencazione dei due criteri di cui all'art. 30 della direttiva) giunge ad affermare la possibilità per le amministrazioni di optare per l'uno o per l'altro criterio – ovviamente mediante preventiva determinazione dello stesso – anche laddove esista una disposizione nazionale che restringa detta libertà di scelta (“nell'ambito delle procedure di gara aperte e ristrette”) imponendo il ricorso al prezzo più basso come unico criterio di aggiudicazione<sup>49</sup>.

La ragione che sta alla base di detta affermazione si fonda individuazione del livello amministrativo come livello “naturale” per la scelta del criterio di aggiudicazione da utilizzare per il singolo appalto.

A *contrario*, il giudice comunitario esprime perplessità che lo strumento legislativo possa possedere quelle caratteristiche di flessibilità ed adattabilità per giustificare l'eliminazione di qualsivoglia espressione di discrezionalità dell'amministrazione nella scelta del criterio di aggiudicazione da applicare caso per caso. Di qui la considerazione secondo cui l'imposizione in via legislativa di un unico criterio di aggiudicazione (nella fattispecie, il criterio del prezzo più basso, ma – in linea di principio – anche quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa) per un determinata tipologia di contratti (nella specie, l'appalto) in determinato settore merceologico (nella specie, quello dei “lavori pubblici”) “priva le amministrazioni aggiudicatrici della possibilità di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari di tali appalti, isolatamente considerati, scegliendo per ognuno di essi il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta”<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> Cfr. Conclusioni cit. punti 42 e 43; in ogni caso – secondo l'Avvocato Generale - “una valutazione sugli effetti di un determinato criterio sulla concorrenza va condotta sulla base di circostanze concrete, in particolare sulla base del mercato interessato ed incombe, conseguentemente al giudice nazionale”.

<sup>49</sup> Cfr. C.d.G. 7 ottobre 2004, cit., punto 39.

<sup>50</sup> Cfr. C.d.G., 7 ottobre 2004, punto 40. Sottolinea a tal proposito MANGANI (*La Corte frena il massimo ribasso: alla Pa la scelta delle regole di gara*, in *Edilizia e*

Sebbene espresso in termini oltremodo stringati, il ragionamento della Corte di Giustizia pare fondarsi sull'esistenza di una correlazione fra il criterio di obiettività (tipico in linea di principio di entrambi i criteri ) e la sua attuazione in fase applicativa: non garantisce scelte obiettive quella legge nazionale (tanto più se "legge quadro" <sup>51</sup>) che preclude alla singola amministrazione aggiudicatrice di rapportare la scelta del criterio di aggiudicazione alle caratteristiche dell'affidamento da disporre.

Trattasi, questo, di limite indubbiamente condizionante la discrezionalità del legislatore in sede di recepimento. La volontà del legislatore nazionale di operare peculiari scelte in via normativa– anche se con l'obiettivo di perseguire obiettivi comunitari, quale quello della trasparenza nel settore delle commesse di lavori pubblici – incontra o comunque deve adeguarsi, quindi, al descritto limite imposto dall'ordinamento comunitario.

Maggiormente articolate sono sul punto le considerazioni dell'Avvocato Generale che trae motivo delle proprie conclusioni da un'analisi positiva delle direttive in materia di appalti sotto il profilo dei "poteri" riconosciuti e degli "obblighi" imposti in via distinta agli "Stati membri" ed alle "Amministrazioni aggiudicatrici".

Per quanto attiene ai primi, vengono rinvenuti "due tipi di poteri" da esplicitarsi "a valle" in fase di recepimento ed applicativa, rispettivamente riconosciuti agli Stati membri ed alle Amministrazioni Aggiudicatrici <sup>52</sup>. In questo senso, le direttive legittimano, sotto un primo profilo, la predisposizione da parte degli Stati membri di regole integrative (anche sotto il profilo derogatorio) di quanto previsto nelle stesse direttive al soddisfacimento di determinate condizioni <sup>53</sup>, nonché sotto distinto

---

*territorio*, n. 40/2004, 46 ss.) che la sentenza della Corte evidenzia una lettura del principio della libera concorrenza, in relazione ai criteri di aggiudicazione, profondamente diversa da quella del legislatore nazionale ("il giudice comunitario contesta ... il presupposto di fondo .... E cioè che il criterio del prezzo più basso .... sarebbe di per sé idoneo a garantire una concorrenza effettiva").

<sup>51</sup> A maggior ragione – rileva l'Avvocato Generale, cit., 51 – la determinazione/imposizione di un criterio "è stata operata mediante una legge quadro".

<sup>52</sup> Cfr. Conclusioni, cit., punto 53.

<sup>53</sup> Si cita esemplificativamente quanto previsto dall'art. 18, par. 2 della direttiva 93/37CE, che disciplinando le modalità di presentazione delle offerte, dispone che "Le offerte sono presentate per iscritto e recapitate direttamente o a mezzo posta. *Gli Stati membri possono autorizzare la presentazione delle offerte con qualsiasi altro mezzo che consenta di garantire che: - ogni offerta contenga tutte le informazioni necessarie alla sua valutazione; - sia salvaguardata la riservatezza sulle offerte in attesa della valutazione; - se necessario per motivi di prova giuridica, le offerte*

profilo, l'esercizio di poteri di scelta od opzione da parte delle Amministrazioni aggiudicatrici rispetto alle previsioni della direttiva in sede di indizione e gestione delle singole procedure 54.

La medesima bipartizione è rinvenibile con riferimento agli "obblighi" imposti dalle direttive 55. Con riferimento all'espresso tenore dell'art. 30, par. 1 della direttiva 93/37 (al pari delle medesime disposizioni nelle altre direttive in materia di appalti pubblici), esso viene reputato comprensivo di un obbligo rivolto espressamente alle "amministrazioni aggiudicatrici", nella fattispecie il tassativo obbligo di scegliere uno dei due criteri di aggiudicazione in esso previsti e disciplinati: l'imposizione di detto obbligo – a giudizio dell'Avvocatura Generale – "implica anche la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di optare per uno dei due" 56 . Così inteso l'obbligo di cui all'art. 30 acquisirebbe connotazione indiretta di "potere" riconosciuto alle Amministrazioni aggiudicatrici, potere che verrebbe meno nella misura in cui lo Stato membro limitasse la possibilità di scelta fra i criteri, imponendo, in taluni casi, l'offerta al prezzo più basso o anche l'offerta "economicamente più vantaggiosa".

Sul quesito se detto potere limitativo sia da reputarsi conforme all'ordinamento comunitario, la risposta negativa discende da un'ulteriore analisi della normativa di cui alla direttiva 93/37 in esito alla quale viene rilevata l'insussistenza del riconoscimento in capo agli Stati membri di alcun espresso potere esercitabile nei confronti delle Amministrazioni aggiudicatrici in merito alla scelta dei criteri di aggiudicazione.

Insussistenza tanto più rilevante in quanto è la stessa direttiva a riconoscere espressi poteri degli Stati membri rispetto alle Amministrazioni aggiudicatrici su ulteriori e diversi profili disciplinari: l'art. 23, par. 1 della direttive 93/37/CE, ad

---

*siano confermate al più presto per iscritto o mediante invio di copia certificata; - l'apertura delle offerte abbia luogo dopo la scadenza del termine previsto per la loro presentazione".*

<sup>54</sup> Le esemplificazioni sono molteplici e vanno dalla possibilità di ammettere la presentazione di offerte in variante nel rispetto di requisiti minimi (art. 19, par. 1, direttiva 93/37) alla possibilità di avvalersi dello strumento della procedura negoziata per la scelta del contraente ("Le amministrazioni aggiudicatrici possono attribuire gli appalti di lavori mediante la procedura negoziata, ..... nei casi seguenti – così articolo 7, par. 3 e 4, direttiva 93/37).

<sup>55</sup> Cfr. per quanto attiene agli obblighi espressamente rivolti agli Stati membri, ex multis art. 29, direttiva 93/37 "Gli *Stati membri* in cui esistano elenchi ufficiali di imprenditori riconosciuti devono adattare tali elenchi alle disposizioni dell'art. 24, lettere da a) a d) e g)" (cause di esclusione) "e degli articoli 25" (registri) "e 26" (capacità finanziaria) "e 27" (capacità tecnica).

<sup>56</sup> Cfr. Conclusioni, cit., punto 54.

esempio, espressamente dispone che "Le amministrazioni aggiudicatrici possono indicare o possono essere obbligate da uno Stato membro ad indicare nel capitolato d'oneri l'autorità o le autorità presso le quali gli offerenti possono ottenere le informazioni pertinenti sugli obblighi relativi alle norme in materia di sicurezza e dalle condizioni di lavoro in vigore nello Stato membro, nella regione o nella località in cui devono essere eseguiti i lavori e che saranno applicabili ai lavori effettuati nel cantiere durante l'esecuzione dell'appalto".

Il rilievo assoluto attribuito ai contenuti della direttiva trova poi conferma nella centralità che, ai fini della risposta al quesito, viene attribuita alla posizione di parità di rango dei due criteri deducibile sempre dal tenore dell'articolo 30. La considerazione formulata dal governo austriaco in sede di osservazioni secondo cui detta innegabile parità non escluderebbe che, in considerazione di specifiche categorie di appalti, il legislatore nazionale possa provvedere esso stesso direttamente" alla scelta del criterio da utilizzare "autorizzando o i due criteri o uno di essi, dovrebbe reputarsi quindi priva di pregio, quantomeno – sia consentito aggiungere – per quanto e nei limiti in cui detta scelta legislativa determini un'alterazione sostanziale della situazione di equivalenza, con conseguente impossibilità per le Amministrazioni aggiudicatrici, anche in casi del tutto giustificati, di scegliere il criterio dell'"offerta economicamente più vantaggiosa" per le procedure aperte e ristrette.

Ulteriori argomenti vengono tratti dall'Avvocato Generale attraverso un rinvio alla giurisprudenza sviluppata dalla Corte di Giustizia in merito alla definizione degli elementi relativi all'individuazione dell'"offerta economicamente più vantaggiosa" sulla scorta del pacifico rilievo secondo cui gli elementi indicati all'interno delle direttive (ora della direttiva unificata) sono da considerarsi assolutamente esemplificativi e comunque modulabili dalle stazioni appaltanti in relazione all'oggetto della procedura <sup>57</sup>.

La facoltà di scelta di detti elementi – riconosciuta in capo alle Amministrazioni aggiudicatrici – comproverebbe la sussistenza della medesima facoltà di scelta "a monte" in sede di individuazione del criterio di aggiudicazione da applicare.

E' peraltro vero che detta trasposizione, se da un lato può essere espressiva del riconoscimento su un tema affine di significativi margini di discrezionalità in capo alle Amministrazioni aggiudicatrici, dall'altro non è del tutto pertinente in quanto

non attiene alla problematica dei limiti ed ambito di recepimento della normativa comunitaria da parte degli Stati membri e del rapporto fra detti limiti/ambito ed il potere di organizzazione e gestione della singola procedura da parte delle stazioni appaltanti; problematica che, per contro, rappresenta il nucleo della questione pregiudiziale in questa sede trattata<sup>58</sup>.

Più significative, sotto quest'ultimo profilo, sono le specifiche considerazioni sulla effettiva portata limitatrice della libera concorrenza di norme nazionali a loro volta limitatrici del "margine di discrezionalità" delle Amministrazioni aggiudicatrici "in termini non espressamente consentiti" dalla direttiva. Muovendo dai contenuti della nota sentenza Lombardini in materia di "offerte anomale"<sup>59</sup> - che ha reputato in contrasto con l'articolo 30, par. 4, della direttiva 93/37<sup>60</sup> una norma nazionale

---

<sup>57</sup> Il riferimento è a C.d.G., 18 ottobre 2001, in causa C-19/00, SIAC Construction (spec. punto 36); 19 giugno 2003, in causa C-315/01, Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH.

<sup>58</sup> D'altra parte si può rilevare – anche se esulante dalla presente trattazione – come le considerazioni svolte dall'Avvocatura Generale, in uno con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, richiamata nella precedente nota, parrebbe deporre per la non linearità con le direttive comunitarie di un'interpretazione – avanzata dall'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici nell'ambito del procedimento che ha dato origine alla questione in esame - dell'art. 21, comma 2, della legge n. 109 del 1994 sulla obbligatoria applicazione gli elementi di valutazione dell'"offerta economicamente vantaggiosa" indicati, all'art. 21, comma 2, legge n. 109 del 1994, ai punti da 1 a 4 di cui alla lettera a (per l'"appalto concorso": "1) prezzo; 2) valore tecnico ed estetico delle opere progettate; "il tempo di esecuzione dei lavori; "4) il costo di utilizzazione e di manutenzione") e da 1 a 6 di cui alla lettera b (per la "concessione di lavori pubblici": "1) il prezzo di cui all'art. 19, comma 2; 2) il valore tecnico ed estetico dell'opera progettata; 3) il tempo di esecuzione dei lavori; 4) il rendimento; 5) la durata della concessione; 6) le modalità di gestione". Deve peraltro essere registrato come, recentemente, il Consiglio di Stato (VI, sentenza 29 novembre 2004, n. 7784, in *Urb. e appalti*, 49/2004, 29 ss., con nota di PETULLA', *Offerta più vantaggiosa, è tassativo l'elenco dei criteri di valutazione*) ha avvalorato l'approccio interpretativo della Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici, sottolineando che la possibilità per le stazioni appaltanti, riconosciuta dallo stesso articolo 21, di individuare, ulteriormente agli elementi da 1 a 6 sopra citati – di obbligatoria individuazione -, anche "5) ulteriori elementi di valutazione individuati al tipo di lavoro da realizzare", rappresenta una sufficiente esplicitazione dell'ambito di discrezionalità attribuita dall'art. 30, della direttiva 93/37, alle stesse stazioni appaltanti in sede di determinazione degli elementi dell'"offerta economicamente più vantaggiosa".

<sup>59</sup> C.d.g. 27 novembre 2001, cause riunite C-285/99 e C-286/99, cit..

<sup>60</sup> Si riporta il testo integrale dell'art. 30, par. 4, che costituisce normativa comunitaria di riferimento in materia di "offerte anomale": "4. Se, per un determinato appalto, delle offerte appaiono anormalmente basse rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice prima di poterle rifiutare richiede, per iscritto, le precisazioni che ritiene utili in merito alla composizione dell'offerta e verifica detta composizione tenendo conto delle giustificazioni fornite. L'amministrazione aggiudicatrice può prendere in considerazione giustificazioni

che, ai fini della verifica delle offerte anormalmente basse, impone all'amministrazione aggiudicatrice solo talune giustificazioni limitativamente elencate, escludendo taluni ulteriori tipi di giustificazioni<sup>61</sup> - l'Avvocatura generale individua un parallelismo fra facoltà di scelta degli elementi giustificativi delle offerte anomale e facoltà di scelta del criterio di aggiudicazione, qualificate entrambe quali elementi facilitanti "il gioco della libera concorrenza fra tutti gli offerenti"<sup>62</sup>.

In quest'ottica, la prospettiva diviene particolarmente interessante in quanto viene rovesciato l'assunto su cui poggiano le osservazioni rese non solo dagli Stati membri in sede di partecipazione al procedimento, ma anche dalla Commissione, secondo cui il perseguimento dell'obiettivo di garanzia dello sviluppo di una concorrenza effettiva legittima l'assunzione da parte del legislatore nazionale di norme di recepimento che impongano l'adozione del criterio del "prezzo più basso".

Ciò, sul controverso assunto secondo cui il criterio del prezzo più basso sarebbe tale da assicurare con maggior ambito di certezza la trasparenza dell'azione amministrativa. E se la trasparenza delle operazioni amministrative è condizione ineliminabile per garantire la libera concorrenza nel settore degli appalti non si vede

---

riguardanti l'economia del procedimento di costruzione o le soluzioni tecniche adottate o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori o l'originalità del progetto dell'offerente. Se i documenti relativi all'appalto prevedono l'attribuzione al prezzo più basso, l'amministrazione aggiudicatrice deve comunicare alla Commissione il rifiuto delle offerte giudicate troppo basse. Tuttavia, per un periodo che si estende sino alla fine del 1992 e se la legislazione nazionale in vigore lo permette, l'amministrazione aggiudicatrice può eccezionalmente e fatta esclusione di qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità, rifiutare le offerte che presentano un carattere anormalmente basso rispetto alla prestazione, senza dover rispettare la procedura prevista al primo comma, nel caso in cui il numero delle offerte per un appalto determinato sia talmente importante che l'attuazione di questa procedura condurrebbe ad un ritardo sostanziale e comprometterebbe l'interesse pubblico per la realizzazione dell'appalto in questione. Il ricorso a questa procedura eccezionale è menzionato nell'avviso di cui all'articolo 11, paragrafo 5".

<sup>61</sup> Nella fattispecie è stato reputato in contrasto con la direttiva la normativa di uno Stato membro che impone "all'amministrazione aggiudicatrice di prendere in considerazione, ai fini della verifica delle offerte anormalmente basse, solamente le giustificazioni fondate sull'economicità del procedimento di costruzione o delle soluzioni tecniche adottate o sulle condizioni particolarmente favorevoli di cui gode l'offerente, ad esclusione di giustificazioni relative a tutti quegli elementi i cui valori minimi sono stabiliti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative ovvero i cui valori sono rilevabili da dati ufficiali" (C.d.g. 27 novembre 2001, cause riunite C-285/99 e C-286/99, cit..).

<sup>62</sup> Cfr. Conclusioni, cit., punti 63-64-65.

come la predisposizione di norme nazionali orientate in detto senso possa reputarsi in contrasto con l'ordinamento comunitario.

Vero è il contrario per il Giudice Comunitario: l'obiettivo della libera concorrenza fra gli operatori del settore è raggiungibile unicamente ove il Legislatore nazionale garantisca la flessibilità dell'azione delle Amministrazioni aggiudicatrici, da un lato non incidendo sugli ambiti di discrezionalità loro attribuiti – se non addirittura riservati (v. *ultra*) - dalla normativa comunitaria, dall'altro ammettendo la parametrizzazione degli elementi della singola procedura alle caratteristiche del contratto da stipulare.

Ciò, è evidente, non equivale ad abdicare alla trasparenza che permane una caratteristica essenziale dell'evidenza pubblica comunitaria come sistematizzata nelle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE<sup>63</sup>: detto obiettivo può comunque essere egualmente garantito anche nell'ambito di procedimenti valutativi di natura discrezionale – tipici del criterio dell'“offerta economicamente più vantaggiosa” – laddove gli elementi della stessa siano – ovviamente a priori – specificati in modo sufficientemente preciso da consentire un controllo effettivo (a posteriori) sui processi motivazionali che portano alla formulazione di una graduatoria di merito fra le offerte ammesse.

La sentenza della Corte di giustizia, in altri termini supera l'assioma nazionale secondo cui la trasparenza nella valutazione delle offerte impone la primazia dei sistemi di valutazione di natura automatica. Se, difatti, l'adozione del criterio del prezzo più basso elimina la tentazione di comportamenti poco trasparenti se non addirittura illeciti da parte dell'Amministrazione (ma non certo delle imprese concorrenti), detto rilievo – a giudizio della Corte – non è sufficiente per acconsentire norme nazionali che, riferite ad un settore della contrattualistica, impongano tassativamente alle Amministrazioni l'adozione di un solo criterio di aggiudicazione dei due previsti dalle direttive.

D'altra parte, non è accettabile che per impedire i fenomeni degenerativi si privino le amministrazioni di strumenti pur necessari, se bene usati, per una buona e corretta amministrazione.

In quest'ottica, il “criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa” costituisce il punto di equilibrio tra le esigenze di garanzia tipiche delle “procedure ristrette” e le esigenze di una valutazione qualitativa e non meramente quantitativa delle offerte. Detto punto di equilibrio soddisfa in una logica costituzionale interna,



le istanze dell'art. 97, comma 1 della Costituzione, assicurando all'Amministrazione la prestazione migliore anche, ma non solo, in relazione al prezzo.

Sotto questo profilo l'esclusione aprioristica del criterio dell'"offerta economicamente più vantaggiosa" appare in contrasto con il carattere unitario del regime europeo e con il principio di buon andamento dell'amministrazione.

### **5. Criterio del "prezzo più basso" e criterio dell'"offerta economicamente più vantaggiosa": alternative pura o qualificata ?**

In attesa della conclusione del procedimento giurisdizionale avanti il T.a.r. Lombardia, deve essere segnalato come, ad appena tre mesi dalla pronuncia della Corte di Giustizia <sup>64</sup>, il giudice nazionale ha già dato concreta applicazione del principio in una ipotesi, per così dire, diametralmente opposta, anch'essa inerente al quadro normativo nazionale sui lavori pubblici e riferita al criterio di aggiudicazione, previsto sempre dall'art. 21, legge n. 109 del 1994, succ. mod., per l'affidamento di "concessioni di lavori pubblici" (v *supra* par. 1).

In questa ipotesi, il Consiglio di Stato, sez. VI, con sentenza 4 gennaio 2005, n. 2 <sup>65</sup>, ha reputato conforme al diritto comunitario la scelta di una Amministrazione aggiudicatrice di affidare una concessione di lavori pubblici sulla base del criterio del prezzo più basso, sebbene l'unico criterio previsto per detti contratti dalla normativa nazionale sia, come noto, quello dell'"offerta economicamente più vantaggiosa" (art. 21, comma 2, legge n. 109 del 1994 succ. mod.) <sup>66</sup>.

La legittimità della disapplicazione del citato articolo 21 si fonda sulla considerazione secondo cui l'articolo 30, paragrafo 1, della direttiva 93/37/CE pone i due diversi criteri di aggiudicazione del "prezzo più basso" e dell'"offerta economicamente più vantaggiosa", su un piano di tendenziale paritarietà ed alternative, prescindendo peraltro da qualsivoglia collegamento con l'esperimento di alcuna particolare procedura di gara e tantomeno con alcuna fattispecie contrattuale ivi disciplinata (appalto e concessione di lavori pubblici).

---

<sup>63</sup> Cfr., esemplificativamente, quanto puntualmente esposto nei "considerando" nn. 2, 12, 14, 35, 49 nonché i contenuti del Capo VI della direttiva 2004/18/CE.

<sup>64</sup> Interessanti sono i commenti e reazioni (oscillanti fra l'entusiasmo ed il sarcasmo) delle stazioni appaltanti alla sentenza della Corte di Giustizia (raccolte in *Edilizia e territorio*, 18-23 ottobre 2004).

<sup>65</sup> In [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it).

<sup>66</sup> Medesima scelta è stata quella operata, a livello regionale, dal Friuli Venezia Giulia (L.R. 6 luglio 1999, n. 20, , art. 8, in *B.U.R.* 7 luglio 1999, n. 27; L.R. 31 maggio 2002, n. 14, .art. 17, in *B.U.R.* 29 maggio 2002, n. 22)

Detta circostanza appare sotto ulteriore profilo assolutamente significativa ove si consideri che, laddove la Comunità ha inteso individuare regimi “eccezionali” o “prioritari” di applicazione di determinati istituti propri della disciplina sui pubblici appalti, lo ha sempre fatto in modo chiaro ed univoco. L’esempio più evidente lo si ritrova proprio nella peculiare disciplina della “procedura negoziata con bando di gara”, la quale da sistema di gara “eccezionale” (rispetto alla procedura aperta e ristretta) all’interno delle direttive 92/50, 93/36 e 93/37 (ora 2004/18) diviene sistema “alternativo” alle procedure aperte e ristrette nella disciplina dei settori speciali di cui alla direttiva 93/38 (ora 2004/17).

Ma vi è di più. Appellandosi alle risultanze della sentenza della Corte di Giustizia 7 ottobre 2004, C-247/2002, il Consiglio di Stato ha testualmente “osservato che il diritto comunitario non pone limiti di scelta, rimessa alle stazioni appaltanti, tra i due criteri di selezione dell’offerta *e sono piuttosto illegittime le norme interne, contenute nella l. n. 109 del 1994, che pretendono di imporre ex ante alle stazioni appaltanti, l’uno o l’altro criterio*”<sup>67</sup>.

Si tratta, a ben vedere, di considerazione che parrebbe confortare una lettura della pronuncia della Corte di Giustizia da cui trarre due importanti conseguenze sotto il profilo dei limiti imposti legislatore nazionale in sede di disciplina degli appalti pubblici

Sotto un primo profilo – seguendo, almeno letteralmente, quanto affermato dal Consiglio di Stato – parrebbe possibile sostenere che sia precluso in senso assoluto ai legislatori nazionali imporre a priori alle amministrazioni aggiudicatrici l’avvalimento del criterio del prezzo più basso ovvero di quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa. L’espressione di un simile potere normativo dovrebbe quindi considerarsi in insanabile contrasto con l’ordinamento comunitario e, più precisamente, con la specifica normativa in materia di criteri di aggiudicazione, ora “unificata” per tutte le *species* contrattuali nell’art. 53 della direttiva 2004/18/CE. Affetta da detta patologia sarebbe quindi la normativa nazionale che “impone” il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa in materia di affidamento di servizi tecnici inerenti la realizzazione di lavori pubblici (ed *in primis* di incarichi di progettazione)<sup>68</sup>, così come – sebbene possa essere comunque considerato un “caso limite” – il disposto comma 7, secondo periodo, dell’art. 113 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, succ. mod. integr. – peraltro oggetto

---

<sup>67</sup> Cons. Stato, VI, n. 2/2005 cit. (i corsivi sono nostri).

<sup>68</sup> Cfr. Titolo IV, Capi IV e V, D.P.:R. 21 dicembre 1999, n. 554, in G.U. 28 aprile 2000, n. 98, s.o..

di declaratoria di incostituzionalità <sup>69</sup> - ove prescriveva il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento di attività qualificabili come "servizi pubblici di rilevanza economica". Contrarietà, ovviamente, rinvenibile sempre che il rapporto da instaurarsi non solo sia qualificabile non solo come appalto pubblico di servizi ma anche sia soggetto alla integrale disciplina di cui alle direttive 92/50 o 93/38.

Sul versante dei contratti aventi ad oggetto prestazioni comunque ricondotte nel novero dei "lavori pubblici" che scontano di una affine imposizione in via legislativa del criterio di aggiudicazione sono poi da annoverare gli appalti aventi ad oggetto la "progettazione e realizzazione" di interventi concernenti i beni mobili ed immobili e gli interventi sugli elementi architettonici e sulle superfici decorate di beni del patrimonio culturale, sottoposti alle disposizioni di tutela di cui al decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490, per i quali l'art. 9 comma 5, della legge 22 gennaio 2004, n. 30 <sup>70</sup>, prevede quale criterio da applicarsi "in ogni caso" l'offerta economicamente più vantaggiosa <sup>71</sup>. Si tratta peraltro di ipotesi controversa, stante la dubbio – almeno a parere di chi scrive – sottoposizione di buona parte degli affidamenti ricompresi nell'ambito applicativo della legge n. 30 del 2004 alle direttive comunitarie in materia di appalti.

Più significativa, sempre sul versante dell'affidamento di "servizi pubblici locali", è la scelta di alcune Regioni di imporre il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale <sup>72</sup>, i quali se ricondotti allo schema dell'appalto (anche se il modello contrattuale che si attaglia maggiormente alla fattispecie appare quello della concessione di servizi espressamente esclusa dall'ambito di applicazione della

---

<sup>69</sup> In tal senso, Corte Cost. 27 luglio 2004, n. 272.

<sup>70</sup> In G.U. 22 gennaio 2004, n. 30. Cfr., sul punto, [DE FELICE, Relazione al corso su "La nuova disciplina in tema di gestione e appalti di lavori relativi ai beni culturali"](#), Roma, Ambasciatori Palace Hotel, 20 e 21 maggio 2004, in [www.giustizia-amministrativa.it](#); M. GRECO, *Le nuove norme per i lavori sui beni culturali* (in [www.appaltiecontratti.it](#).)

<sup>71</sup> Così DE NICTOLIS, *La Corte CE e l'art. 21, legge Merloni: le amministrazioni aggiudicatrici possono scegliere il criterio di aggiudicazione*, in *Urbanistica ed appalti*, 2004, 1271.

<sup>72</sup> Ci si riferisce esemplificativamente a L.R. Lazio, 16 luglio 1998, n. 30, succ. mod., art. 19 (in *B.U.R.* 30 luglio 1998, n. 21), L.R. Lombardia, 29 ottobre 1998, n. 22, art. 20, succ. mod. (in *B.U.R.* 2 novembre 1998, n. 44).

direttiva 2004/18 <sup>73</sup>) potrebbero scontare anch'essi delle problematiche sin qui descritte.

Peraltro, il condizionale fino a questo momento utilizzato nel descrivere le presunte ipotesi di contrarietà è d'obbligo.

Per quanto attiene la portata applicativa dei contenuti della pronuncia della Corte di Giustizia, non può sottacersi come sia stata la Corte stessa (in ciò contraddistinguendosi dalle conclusioni dell'Avvocatura generale) ad introdurre, in motivazione, una precisazione che, se da un lato esplica le ragioni di flessibilità e di maggiore idoneità alla selezione della migliore offerta sottese al limite imposto al legislatore nazionale, dall'altro introduce un elemento argomentativo che, senza disconoscere il rapporto di alternatività fra criteri di aggiudicazione proprio della normativa comunitaria, àncora la opportunità (se non anche la legittimità) della scelta del criterio di aggiudicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa alla effettiva sussistenza di ragioni che ne consiglino l'adozione, quali, nel caso di specie, la "complessità dell'opera da realizzare" (dato questo accertato dal giudice del rinvio – v. *supra* sub par. 2) <sup>74</sup>.

Proprio nel caso di specie, difatti, la rilevata impossibilità per una normativa nazionale di imporre "in termini generali ed astratti" il ricorso "unicamente al criterio del prezzo più basso" trovava la propria esplicazione fattuale nella impossibilità per la stazione appaltante di scegliere un criterio di aggiudicazione che desse conto di un elemento caratterizzante l'appalto da affidare, qualificato nella "complessità" dell'opera da realizzare.

Sotto questo profilo, la Corte di Giustizia, con la sentenza *Sintesi S.p.A.*, ha di fatto – e probabilmente volontariamente – individuato un elemento di precisazione dei risultati dell'operazione ermeneutica sull'articolo 30 della direttiva 93/37/CE operata dalla stessa, per cui la scelta del criterio di aggiudicazione è conseguente sì

---

<sup>73</sup> L'art. 1, par. 4, della direttiva 2004/18/CE definisce la "concessione di servizi" come quel "contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo". Dette concessioni sono a tutt'oggi escluse dall'ambito di applicazione della direttiva 2004/18/CE (art. 17) pur essendo assoggettate ai principi del Trattato riferibili all'attività contrattuale dell'Amministrazione Pubblica (cfr *supra* sub nota 5)

<sup>74</sup> Cfr. C.d.G. sentenza 7 ottobre 2004, cit., punto 41, secondo cui testualmente "nella causa principale, il giudice del rinvio ha proprio sottolineato la complessità, sul piano tecnico, dell'opera da realizzare e, conseguentemente, l'amministrazione aggiudicatrice avrebbe potuto tener utilmente conto di tale complessità scegliendo

ad una determinazione della stazione appaltante, ma non può non seguire la valutazione della sussistenza nelle singole ipotesi considerate di elementi di fatto che consiglino l'adozione di un criterio piuttosto che un altro, quale – esemplificativamente – la “complessità” della commessa da realizzare<sup>75</sup>.

Alla luce di quanto sopra rilevato, se l'accertamento in via concreta degli elementi che motivano il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa spetta senza dubbio alla stazione appaltante, non si può dire escluso dalla posizione assunta dalla Corte di Giustizia una precisazione in via normativa degli elementi o dei presupposti fattuali il cui accertamento consente il ricorso a detto criterio di aggiudicazione. Ciò nei limiti – non agevoli a rinvenirsi - in cui detta definizione in via normativa possa reputarsi assolutamente esaustiva e, in quanto tale non limitativa della possibilità di procedere ad una logica e ragionevole ponderazione sul criterio di aggiudicazione maggiormente idoneo ai fini dell'appalto da affidare<sup>76</sup>.

Le considerazioni operate non possono non richiamare la già riportata (v. *supra* sub par. 3) novella introdotta dalla Legge n. 166 del 2002 all'articolo 21 della Legge n. 109 del 1994 (al comma *1ter*) che, come visto, limitatamente agli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria, ammette l'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa qualora, a fronte di un lavoro

---

*critéri di aggiudicazione dell'appalto oggettivi, come quelli indicati, a titolo esemplificativo, all'art. 30, n. 1, lett. b), della direttiva”.*

<sup>75</sup> “Man mano che la componente tecnologica e i problemi impiantistici si fanno sempre più complessi, aumentano le sfumature che possono fare di un'offerta dal prezzo più alto rispetto ad altre, quella più <<concorrenziale>> e al tempo stesso più conveniente per l'amministrazione”; così AUDITORE, *Brevi note sui problemi di compatibilità tra l'art. 21 della legge n. 109 del 1994 e la normativa comunitaria*, in [www.giurisprudenza.it](http://www.giurisprudenza.it).

<sup>76</sup> Possono trarsi elementi in tal senso dalla comparazione delle posizioni assunte dall'Avvocatura Generale e dalla Corte di Giustizia nel caso *Sintesi* con particolare riferimento al rapporto fra la proposta di risoluzione delle questioni pregiudiziali ed effettivo contenuto della sentenza. Si ricordi difatti che l'Avvocatura aveva proposto di risolvere le questioni non solo rilevando l'impossibilità per il legislatore nazionale di precludere la scelta del criterio del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa mediante l'imposizione in via generale unicamente quello del prezzo più basso, ma altresì attraverso la ben più incisiva notazione secondo cui “l'art. 30, n. 1 ... deve essere interpretato nel senso che attribuisce alle singole amministrazioni aggiudicatrici la scelta del criterio di aggiudicazione, individuato alternativamente nel prezzo più basso o nell'offerta economicamente più vantaggiosa. Inoltre, il giudice nazionale è tenuto ad interpretare tale disposizione alla luce del principio della libera concorrenza ai sensi dell'art. 81 CE”. Conclusione quest'ultime di cui il giudice comunitario ha reputato di non fare propria nella sentenza, limitandosi a fare propria la prima (nell'articolato delle conclusioni dell'Avvocatura Generale, la seconda) che presenta un carattere ben più limitato.

caratterizzato dalla prevalenza della componente tecnologica o dalla particolare rilevanza delle possibili soluzioni progettuali, l'amministrazione appaltante ritenga possibile che la progettazione possa essere utilmente migliorata con le integrazioni tecniche proposte dai concorrenti.

Se si considera che il giudice comunitario, per quanto attiene alle "procedure ristrette" pare non avere reputato sufficiente, per assicurare il rispetto dell'articolo 30, della direttiva 93/37 nell'ambito dell'ordinamento nazionale dei lavori pubblici, l'esistenza, del sistema di gara dell'"appalto concorso" – anch'esso riconducibile al *genus* delle procedure ristrette (a due fasi) - la cui peculiare caratterizzazione impone l'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa <sup>77</sup> necessario per la valutazione del progetto esecutivo presentato dai concorrenti (art. 20, comma 4, legge n. 109 del 1994 succ. mod.) ci si può chiedere se i presupposti individuati dal legislatore del 2002 per l'adozione nelle licitazioni private (e nei pubblici incanti) del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa siano compatibili con la disciplina comunitaria come interpretata dalla Corte di Giustizia.

Il tenore dell'articolo 21, comma *1ter* della legge n. 109 del 1994, non è sicuramente tale da fugare ogni dubbio in ordine alla esaustività della previsione legislativa <sup>78</sup>. Se difatti da un lato la formulazione della citata disposizione potrebbe lasciare presupporre un intendimento del legislatore di collegare l'esercizio della facoltà di scelta del criterio dell'"offerta economicamente più vantaggiosa" ad una riscontrata opportunità di acquisire apporti sul progetto posto a base di gara (ciò, sia nel caso in cui ci si trovi di fronte ad un appalto a prevalente componente tecnologica sia ove venga in rilievo la rilevanza tecnologica delle soluzioni progettuali dei lavori oggetto d'appalto), dall'altro l'adozione della perifrasi "integrazione tecnica", nella sua genericità, parrebbe essere tale da non restringere in modo arbitrario l'ambito di avvalimento del suddetto criterio di aggiudicazione.

---

<sup>77</sup> La tradizionale correlazione fra "appalto concorso" ed un sistema di valutazione "multicriteri" e comunque di natura discrezionale (quale quello dell'"offerta economicamente più vantaggiosa") discende, come ovvio, dalla peculiare caratterizzazione dell'oggetto dell'offerta della citata procedura di gara, consistente nella presentazione da parte dei concorrenti di un "progetto" della commessa da eseguire, unitamente alla formulazione dell'offerta economica.

<sup>78</sup> A parere di AUDITORE (*Brevi note sui problemi di compatibilità tra l'art. 21 della legge n. 109 del 1994 e la normativa comunitaria*, cit.) l'inserimento del comma *1ter* – se "va parzialmente incontro alle osservazioni formulate dalla Corte di Giustizia" – "non risolve il problema di fondo rilevato dal giudice comunitario, vale a dire la perdurante impossibilità per le amministrazioni italiane di scegliere liberamente tra le due opzioni proposte dalla direttiva" addirittura "a prescindere dalle caratteristiche dell'opera da appaltare".

In tal senso, pare evidente che le “integrazioni tecniche” alla progettazione di cui al comma 1ter non debbano forzatamente manifestarsi in varianti alla progettazione approvata dalla Amministrazione ovvero presupporre la possibilità per i concorrenti di introdurre modificazioni rispetto a quanto previsto dagli elaborati a base di gara. Né pare deporre in tal senso un’interpretazione sistematica dell’art. 21, comma 1 ter in relazione all’impianto normativo della legge n. 109 (sempre che ciò sia ammissibile stante il carattere alluvionale assunta dalla stessa nelle sue successive riscritture) visto che, ove il legislatore dei lavori pubblici ha inteso esplicitare il rilievo delle varianti progettuali proposte dai concorrenti nell’ambito dei procedimenti di valutazione, lo ha fatto in termini espressi <sup>79</sup>.

In altri termini, le “integrazioni tecniche” di cui all’articolo 21, comma 1ter, se trovano nel progetto a base di gara il proprio primo riferimento (ci si potrebbe peraltro chiedere quale è il margine di apporti integrativi su un progetto esecutivo - che rappresenta il livello ordinario posto a base di gara degli affidamenti *ex lege* n. 109 del 1994 succ. mod. <sup>80</sup> - come descritto e puntualmente disciplinato nelle sue componenti dagli articoli 35 ss., D.P.R. n. 554 del 1999 <sup>81</sup>) e la correlazione in chiave valutativa nell’elemento “valore tecnico”, lungi dal caratterizzarsi forzatamente in apporti modificativi degli elaborati progettuali approvati dall’Amministrazione, possono manifestarsi in profili altrettanto rilevanti ai fini dell’individuazione della migliore offerta, quali apporti originali alla progettazione ovvero, più in generale e a titolo esemplificativo, l’indicazione di specifiche modalità e metodi costruttivi ovvero di soluzioni attinenti alla organizzazione e gestione del lavoro, ivi compresi gli aspetti di mitigazione degli eventuali impatti ambientali del cantiere.

---

<sup>79</sup> E’ quanto avviene, ad esempio, con riferimento all’applicazione del “criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa alle licitazioni private per l’affidamento di concessioni di lavori pubblici. A tal proposito l’art. 20, comma 2, della legge n. 109 del 1994, succ. mod., dispone che “... l’offerta ha ad oggetto ... le eventuali *proposte di varianti al progetto posto a base di gara*” (i corsivi sono nostri).

<sup>80</sup> Escludendo la peculiare ipotesi dell’ “appalto concorso” e quella assolutamente diversa della “concessione di lavori pubblici”, l’unica fattispecie in cui è prevista l’indizione di una procedura di gara sulla base di un livello progettuale inferiore all’esecutivo (progetto definitivo) è quella dell’ “appalto integrato” di cui all’art. 19, comma 1, lett. b), legge n. 109 del 1994.

<sup>81</sup> Si abbia riguardo a quanto testualmente previsto dall’art. 35, comma 1, D.P.R. n. 554 del 1994, secondo cui “restano esclusi” dal livello esecutivo “soltanto i piani operativi di cantiere, i piani di approvvigionamenti nonché i calcoli ed i grafici relativi alle opere provvisionali”.

Sotto questo profilo, la razionalità della scelta del criterio dell'“offerta economicamente più vantaggiosa” trova il proprio fondamento nelle caratteristiche intrinseche della commessa: una norma nazionale che impedisca a priori all'Amministrazione di optare per la più efficace soluzione organizzativa nel singolo caso concreto si porrebbe in contrasto con l'ordinamento comunitario. Alla luce di tutto ciò, non pare possibile escludere a priori la possibilità di interpretare la disposizione di cui all'art. 21, comma 1ter, in senso conforme ai contenuti della sentenza sul caso *Sintesi*, attraverso l'assunzione del concetto di “integrazioni progettuali” in senso non riduttivo rispetto alla sua possibile portata<sup>82</sup>.

D'altra parte, al di là della insussistenza di un'evidente discrasia della norma in esame con l'ordinamento comunitario, il dato che, alla luce della sentenza del giudice comunitario, parrebbe acquisire assoluto valore non è rappresentato soltanto dai limiti nel recepimento imposti al legislatore nazionale sull'argomento (invero alquanto rigorosi e comunque forieri di innumerevole astratte ipotesi di contrasto), né, conseguentemente, dall'individuazione sempre in via normativa dai presupposti per l'adozione di un criterio di aggiudicazione, ma, in modo oltremodo evidente, dalla centralità conferita alla motivazione della scelta amministrativa sul criterio da assumere.

In un'ottica *de jure condendo*, difatti non può non rilevarsi come l'impostazione interpretativa discendente dalla pronuncia della Corte paia tollerare che il legislatore nazionale individui, anche per categorie o tipologie di commesse, un criterio di aggiudicazione da assumere in via preferenziale sempre che, ovviamente, sia fatta comunque salva la piena facoltà dell'Amministrazione di optare per l'altro altro criterio quando sia preferibile per il miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico cui lo stipulando contratto è finalizzato, ove ciò sia giustificato dalle caratteristiche dello stesso o dagli obiettivi che si pone l'Amministrazione<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> Molto decisa è la posizione di MANGANI (op. cit., loc. cit.) secondo cui, a seguito della sentenza della Corte di Giustizia sul caso *Sintesi*, il comma 1ter dell'articolo 21, legge n. 109 del 1994, ha perso ogni efficacia nei fatti, potendo le stazioni appaltanti “utilizzare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in tutte le ipotesi in cui lo riterranno opportuno”.

<sup>83</sup> La correlazione fra oggetto dell'appalto e scelta da parte dell'Amministrazione dei meccanismi valutativi della migliore offerta (più precisamente, degli elementi di valutazione nel caso di applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa) è già stato oggetto di attenzione da parte della Corte di Giustizia in alcuni recenti pronunciamenti (C.d.G., VI, 4 dicembre 2004, in causa 448/2001, in *Foro amm. CDS*, 2003, 3505, con nota di GARZIA, *Bandi di gara per appalti pubblici e ammissibilità delle clausole cd. “ecologiche”*, ivi, 3515 ss.; C.d.G. 17 settembre 2002, in causa 513-99, in *Dir. Economia*, 2003, 158).



Sotto questo profilo, il portato che pare discendere dalla pronuncia del giudice comunitario è una rinvigorita rilevanza dell'onere motivazionale sulla scelta discrezionale del criterio di aggiudicazione<sup>84</sup>, che non pare corretto potersi relegare in una stretta dimensione di merito amministrativo<sup>85</sup>, ma che deve trovare negli atti approvativi della procedura una comunque esaustiva esplicazione<sup>86</sup>.

Il secondo rilevante aspetto inerente il rapporto fra diritto comunitario degli appalti e normativa nazionale sotto il profilo dei limiti imposti al legislatore assume un rilievo di più ampia portata e, conseguentemente, potrà in questa sede essere analizzato solo incidentalmente.

Alla luce dei contenuti della pronuncia della Corte di Giustizia sul caso *Sintesi*, ci si può difatti chiedere se le limitazioni al legislatore nazionale che ne derivano possano estendersi anche alla contrattualistica non ricompresa nell'ambito di applicazione delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici. Più precisamente deve essere verificato se la affermata l'impossibilità per il legislatore nazionale di imporre in termini generali ed astratti il ricorso al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso sia ravvisabile anche con riferimento agli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria che, in quanto tali, non sono soggetti alle direttive comunitarie<sup>87</sup>.

Una lettura piana della norma comunitaria, alla luce della pronuncia della Corte di Giustizia, parrebbe deporre per la perdurante esistenza di una differenziazione fra contrattualistica di rilievo comunitario ("sopra soglia") e contrattualistica di esclusivo rilievo nazionale ("sotto soglia")<sup>88</sup>; differenziazione che ha peraltro

---

<sup>84</sup> Sottolinea il rilievo della motivazione nella scelta del criterio di aggiudicazione DE NICTOLIS, in *La Corte CE e l'art. 21, legge Merloni: le amministrazioni aggiudicatrici possono scegliere il criterio di aggiudicazione*, loc. cit., 1272.

<sup>85</sup> Cfr. *contra* nel senso della assoluta insindacabilità della scelta del criterio di aggiudicazione, intesa come stretta espressione di merito amministrativo, si v., da ultimo, T.a.r. Puglia, Lecce, II, 24 luglio 2003, n. 5244, in *Foro amm TAR*, 2003, 2409.

<sup>86</sup> Esemplicativamente cfr. T.a.r. Sardegna 29 aprile 2003, n. 496 (in *Foro amm. TAR*, 2003, 1407) secondo cui la scelta del criterio di aggiudicazione può essere sindacata sotto il profilo della manifesta irragionevolezza ed illogicità.

<sup>87</sup> Pare propendere per la soluzione affermativa, sebbene alla sola luce delle conclusioni dell'Avvocatura Generale, DE LIETO (*Aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici e criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: elementi per una riflessione*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)).

<sup>88</sup> Cfr. da ultimo, il disposto dell'articolo 7 della direttiva 2004/18 secondo cui "la presente direttiva si applica agli appalti pubblici che non sono esclusi in virtù delle eccezioni di cui agli articoli 10 e 11 e degli articoli da 12 a 18 e il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) è pari o superiore alle soglie seguenti: a) 162 000 EUR, per gli appalti pubblici di forniture e di servizi diversi da

trovato riscontro nel più volte citato articolo 21, comma 1ter, della legge n. 109 del 1994, il cui ambito oggettivo è circoscritto agli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria.

Sotto questo profilo, non può certo sostenersi che, con la novella all'articolo 21 apportata con l'articolo 7 della legge n. 166 del 2002, abbia inteso ripristinare quella alternatività fra criteri di aggiudicazione propria dell'esperienza normativa anteriore alla esperienza "Merloni"<sup>89</sup> Come visto, difatti, l'emendamento apportato all'articolo 21 assume quale più convincente significato quello di rappresentare il tentativo di ricondurre la normativa nazionale in materia di appalti pubblici di lavori al quadro normativo comunitario a fronte di una disciplina previgente in contrasto con lo stesso.

Ma se il legislatore nazionale – sebbene con una norma sicuramente perfettibile e non scevra da perplessità – ha già tentato di adeguare la disciplina nazionale sui criteri di aggiudicazioni nei lavori pubblici alla specifica normativa comunitaria (rappresentata attualmente dall'art. 53 della direttiva 2004/18<sup>90</sup>), occorre chiedersi se il necessitato rispetto dei principi fondamentali del Trattato - che informa l'intera attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni senza differenziazioni collegate all'importo delle commesse<sup>91</sup> - presuppone l'estensione delle limitazioni

---

quelli di cui alla lettera b), terzo trattino, aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali indicate nell'allegato IV; per quanto riguarda gli appalti pubblici di forniture aggiudicati da tali amministrazioni operanti nel settore della difesa, ciò vale esclusivamente per gli appalti concernenti i prodotti menzionati nell'allegato V; b) 249 000 EUR,- per gli appalti pubblici di forniture e di servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici diverse da quelle indicate nell'allegato IV, - per gli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici indicate nell'allegato IV che operano nel settore della difesa, allorché tali appalti concernono prodotti non menzionati nell'allegato V,- per gli appalti pubblici di servizi, aggiudicati da una qualsivoglia amministrazione aggiudicatrice, aventi per oggetto servizi della categoria 8 dell'allegato II A, servizi di telecomunicazioni della categoria 5, le cui voci nel CPV corrispondono ai numeri di riferimento CPC 7524, 7525 e 7526 e/o servizi elencati nell'allegato II B; c) 6 242 000 EUR, per gli appalti pubblici di lavori”.

<sup>89</sup> Il suddetto rapporto di alternatività trova conferma nella giurisprudenza amministrativa; si v. fra le tante T.a.r. Lazio, II, 14 febbraio 1995, in *TAR* 1995, I, 1002.

<sup>90</sup> Per un primo specifico commento sui criteri di aggiudicazione nella nuova direttiva comunitaria, cfr. DE NICTOLIS, *La Corte CE e l'art. 21, legge Merloni: le amministrazioni aggiudicatrici possono scegliere il criterio di aggiudicazione*, in *Urbanistica ed appalti*, 2004, 1272-1273.

<sup>91</sup> In tal senso si v. già quanto rilevato prima dalla Commissione al punto 3, III, B, b, del "Libro Verde – Gli appalti pubblici nell'Unione Europea – Spunti di riflessione per il futuro" del 27 novembre 1996, nonché nella Comunicazione sulle concessioni nel diritto comunitario (in G.U.C:E. 29 aprile 2000 C 121) e successivamente dalla

discendenti dalla giurisprudenza su caso *Sintesi* anche all'attività di regolamentazione della materia degli appalti di importo inferiore alla "soglia comunitaria".

Ciò evidentemente rileva anche con riferimento all'attuale quadro normativo stante la perdurante esclusività del criterio del prezzo più basso per l'aggiudicazione di aste pubbliche e licitazioni private relativamente ad appalti di lavori pubblici "sotto soglia".

In altri termini, ci si deve chiedere se l'esistenza nell'ordinamento nazionale della suddetta normativa riferita agli appalti "sotto soglia" costituisca di per sé violazione dei principi della libera circolazione delle merci (artt. 28, ex 30, ss.), della libertà di stabilimento (artt. 43, ex 53, ss.) e della libera prestazione dei servizi (artt. 49, ex 59, ss.), nonché dei principi che ne derivano, quali quelli di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza, prescindendo quindi dall'esistenza di una norma secondaria di coordinamento delle legislazioni nazionali, quale, appunto, l'art. 30 della direttiva 93//37/CE.

Non pare sinceramente agevole, pena l'obliterazione di qualsivoglia rilievo alla esistenza di un ambito applicativo circoscritto ai contratti di importo superiore ad una determinata soglia, estendere le conclusioni di cui alla sentenza *Sintesi* anche alla normativa nazionale "sotto soglia"<sup>92</sup>. Se, difatti, non solo ben si comprendono,

---

Corte di Giustizia (ordinanza 3 dicembre 2001, in C-59/00, e sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324, *Teleaustria c. Post & Telekom Austria*); rilievi ripresi anche dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche comunitarie nella Circolare 6 giugno 2002, n. 8756, sulla "normativa applicabile agli appalti pubblici <<sottosoglia>>", nonché da parte della giurisprudenza nazionale (cfr. fra le varie C.d.S., IV, 15 febbraio 2202, n. 934).

Cfr., da ultimo, quanto rilevato nel "considerando" n. 2 della direttiva 2004/18 ove si legge: "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 principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti ed assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Di conseguenza, tali disposizioni di coordinamento dovrebbero essere interpretate conformemente alle norme e ai principi citati, nonché alle altre disposizioni del trattato".

<sup>92</sup> Parrebbero deporre in tal senso le conclusioni dell'Avvocato Generale Julianne Kokott, presentate in data 1 marzo 2005, relative alla causa C-458/03, *Parking Brixen*

ma altresì si condividono, le ragioni deponenti per il superamento della radicale scelta del 1994, non paiono, nel caso di specie, emergere elementi sufficientemente convincenti per la soluzione opposta<sup>93</sup>.

Non ci si dimentichi, in primo luogo, come a fronte di una ben precisa questione interpretativa sollevata dal giudice nazionale strutturata sull'evidenziazione di una possibile violazione in via mediata dell'articolo 81 (ex articolo 85) del Trattato, il giudice comunitario, in sede di pronuncia interpretativa, ha più linearmente rilevato la difformità della norma nazionale rispetto a specifica disposizione della direttiva comunitaria<sup>94</sup>.

In secondo luogo, non minimale rilievo a tal proposito discende anche da fatto che – difformemente da quanto emerge nelle conclusioni dell'Avvocatura Generale – la Corte di Giustizia, in sede di interpretazione dell'articolo 30 della direttiva

---

*GmbH*, secondo cui “35..... in giurisprudenza è ormai pacifico che le amministrazioni aggiudicatrici sono sottoposte, anche al di fuori dell'ambito di applicazione delle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici,, ai vincoli del diritto comunitario derivanti dalle norme fondamentali del Trattato CE, segnatamente dalle libertà fondamentali e dal divieto di discriminazione in esse contenuto. 36. Dal divieto di discriminazione deriva un obbligo di trasparenza. Difatti, solo allorché l'assegnazione di un appalto o di una concessione viene effettuata secondo le regole sulla trasparenza si può determinare se nel caso concreto sia stato rispettato il principio della parità di trattamento o se, invece, sia stata presa una decisione arbitraria a favore o contro un determinato offerente. 37. *Tutto ciò non significa affatto che si debba arrivare all'applicazione di una procedura del tutto identica a quella prevista dalle direttive in materia di aggiudicazione di pubblici appalti.* Tuttavia, come affermato dalla Corte nella sentenza *Telaustria e Telefonadress*, l'obbligo di trasparenza cui è tenuta l'amministrazione aggiudicatrice «consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, *un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione* » (C.d.G., 7 dicembre 2000, in causa C-324/98 - Racc. pag. I-10745, punti 57 e 58) – *i corsivi sono nostri* -

<sup>93</sup> Di opinione diversa DE LIETO, op. cit., loc. cit., che – oltre all'inesistenza nelle conclusioni dell'Avvocato Generale all'importo dei lavori – sottolinea, come dato sostanziale, l'illogicità del permanere dei un'impossibilità per le stazioni appaltanti di optare per il criterio dell'“offerta economicamente più vantaggiosa” nel caso di appalti complessi.

<sup>94</sup> Supera il rilievo MANGANI (op. cit., loc. cit., 48) secondo cui le conclusioni rinvenibili nella sentenza, fondandosi sulla necessità che “la scelta in merito ai criteri di aggiudicazione ... avvenga in modo tale da assicurare la più efficace attuazione del principio della libera concorrenza di cui all'art. 81, del trattato UE”, depongono per l'affermazione che “la libertà di scelta in merito al criterio di aggiudicazione” deve essere intesa quale “applicazione di un principio generale del diritto comunitario ...con la conseguenza che la disposizione limitativa dell'art. 21 verrebbe a cadere indistintamente per tutti i lavori disciplinati dalla legge n. 109, a prescindere dal loro importo”.

93/37/CE, non è giunta a riconoscere in via assoluta alle singole amministrazioni la facoltà di scelta del criterio di aggiudicazione<sup>95</sup>

Depone infine per una soluzione nel senso della non estensibilità, anche una sommaria analisi delle ipotesi su cui Commissione, giudici comunitari ed amministrazioni nazionali hanno sino ad oggi rinvenuto ipotesi di lesione dei principi fondamentali del Trattato nel caso di contratti di appalto di importo inferiore alla “soglia”; ipotesi che, almeno fino ad oggi, si segnalano per una ben più evidente e manifesta carica di lesività rispetto a quella che potrebbe essere rinvenuta nel caso in esame.

A tal stregua, in contrasto con i citati principi è stata reputata, nell’ambito di una gara “sotto soglia”, la richiesta dell’”impiego di un prodotto di una determinata marca senza aggiungere la menzione <<equivalente>>”<sup>96</sup>, fatto questo che, se da un lato rappresenta un espresso divieto proprio delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici di importo superiore alla soglia, rappresenta, sotto distinto ma correlato profilo, diretta violazione dell’art. 28 (ex 30) in materia di libera circolazione delle merci, in quanto volto a porre ostacoli alle correnti di importazione nel commercio infracomunitario mediante la conservazione di un regime di riserva del mercato ai soli concorrenti che intendono utilizzare materiali prodotti in un determinato Stato<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> Cfr. supra nota 66.

<sup>96</sup> Così C.d.G., ord. 3 dicembre 2001, cit.

<sup>97</sup> La questione è stata riproposta nella Circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri – Dipartimento per le politiche comunitarie del 15 novembre 2001 (*Gare sub-comunitarie per la fornitura di veicoli*) – in G.U. 10 gennaio 2002, n. 8 - conseguente ad una procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea ha anche avviato, nei confronti della Repubblica italiana, a seguito della indizione di gare per la fornitura di autocarri, per importi sub-comunitari, richiedendo automezzi di marca e modello predeterminati ed escludendo la possibilità di fornire modelli equivalenti di differente marca. Osserva il Dipartimento per le politiche comunitarie che “la richiesta che siano forniti solo autoveicoli di una marca e un modello particolare, escludendo la possibilità di fornirne altri di caratteristiche equivalenti, corrisponde, per la Commissione, ad un diniego assoluto di accesso al mercato di prodotti di marche differenti; ciò che costituisce adozione di una misura suscettibile di ostacolare, in violazione del predetto art. 30, gli scambi comunitari e la libera circolazione delle merci”.

Altrettanto rilevante, sotto questi profili, è la sentenza del Consiglio di Stato, V, 30 gennaio 2002, n. 505, (in *Giust. Civ.*, 2002, I, 1701), che ha ritenuto illegittima per contrasto con gli articoli 48, 49 e 50 Trattato UE, e conseguentemente disapplicato, la normativa nazionale in materia di incarichi di progettazione che escludeva, per gli affidamenti di importo inferiore alla “soglia comunitari”, la partecipazione delle società di ingegneria.

Ancora più evidente, sotto il profilo della violazione dei principi del Trattato, è la ricorrente condanna all'avvalimento in via ordinaria di sistemi di scelta del contraente fondati sull'affidamento diretto, prescindendo, quindi, anche da un minimo di concorsualità; condanna che ha avuto, a livello comunitario, la massima espressione nella creazione in via giurisprudenziale del cd. "rapporto in house providing" che delimita, in senso fortemente restrittivo, la possibilità di ricorso all'affidamento diretto<sup>98</sup>.

Conseguentemente, sicuramente in contrasto con i principi comunitari di trasparenza e concorrenza deve essere reputata la contrattazione diretta laddove la stessa, anche in settori non ricompresi nell'ambito applicativo delle direttive comunitarie in materie di appalti, non presenti il carattere "eccezionale" che le deve essere proprio, ovvero non sia motivata da specifiche ragioni tecniche ed economiche che "rendano impossibili in termini di razionalità l'individuazione di un soggetto diverso da quello prescelto", oppure "che evidenzino la non rilevanza di un'operazione sul piano della concorrenza nel mercato unico europeo"<sup>99</sup>. Con riferimento all'attività contrattuale "sotto soglia", la deroga del principio di concorsualità e le differenti possibili modulazioni dello stesso (*in primis*, in punto agli oneri prodromici di pubblicità) nell'ambito delle singole procedure seguono il rispetto di criteri di condotta "che, in proporzione alla rilevanza economica della fattispecie ed alla sua pregnanza sotto il profilo della concorrenza nel mercato comune, consentano senza discriminazioni su base di nazionalità e di residenza, a tutte le imprese interessate di venire per tempo a conoscenza dell'intenzione

---

<sup>98</sup> Non è questa la sede per soffermarsi sulla nascita ed evoluzione dell'istituto dell'affidamento "in house". Sul punto, oltre a segnalare la recente sentenza della Corte di Giustizia 11 gennaio 2005, in causa C-26/03, *Stadt Halle - RPL Recyclingpark Lochau GmbH -Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfal und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, nonché le conclusioni dell'Avvocato Generale Julianne Kokott, presentate in data 1 marzo 2005, relative alla causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, si rinvia, sempre in giurisprudenza, C.d.G., 18 novembre 1999, in [C-107/98, Teckal](#); 8 maggio 2003, in C- 349/97, *Spagna/Commissione*; 11 gennaio 2005, in [C-26/03, Stadt Halle](#), nonché in dottrina, *ex multis*, GRECO, *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio ed il principio della gara*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2000, PROTO, *La direttiva 93/36/CEE sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici è applicabile anche ai contratti fra amministrazioni aggiudicatrici*, in *Urbanistica ed appalti*, 2000, 1149 ss.; MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Dir. UE*, 2001, 544 ss.; CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003.

<sup>99</sup> Così, testualmente, Circolare 6 giugno 2002, n. 8756, cit..

amministrativa di stipulare il contratto e di giocare le proprie chances competitive attraverso la formulazione di un'offerta appropriata”<sup>100</sup>.

Il rilievo del principio di “proporzionalità” ai fini del rispetto delle libertà comunitarie e del principio di non discriminazione nell'attività contrattuale “sotto soglia” (in uno con il principio di libera concorrenza) potrebbe peraltro motivare il quesito se, con riferimento a detto ambito, l'imposizione in via normativa di un unico criterio di aggiudicazione per categoria di contratti ne costituisca diretta violazione, laddove detta misura possa reputarsi, oltre che irrazionale, anche ultronea rispetto all'obiettivo da perseguire<sup>101</sup>.

E' ben vero, peraltro, che la posizione prudente che si è prospettata in ordine ai possibili sviluppi della posizione assunta dalla Corte di Giustizia sul caso *Sintesi* è dovuta, quantomeno in parte, ad oggettiva difficoltà di individuare specifiche ipotesi di contrasto fra puntuali norme dell'“evidenza pubblica” nazionale (e regionale) ed i principi fondamentali del Trattato. Se poi si considera che l'individuazione di suddette ipotesi di contrasto costituisce il presupposto per delineare l'ambito di possibili futuri interventi disciplinari (anche a livello regionale) nel settore, ben si comprende come il tema assuma ulteriori caratteri di complessità che non possono essere sciolti in questa sede.

Basti, sul punto, segnalare, a titolo esemplificativo, il delicato tema relativo alla normativa sulle cd. “offerte anomale”<sup>102</sup> nel settore dei lavori pubblici (art. 21,

---

<sup>100</sup> Ancora testualmente Circolare 6 giugno 2002, n. 8756, cit..

<sup>101</sup> Sul principio di proporzionalità, cfr. *ex multis* in giurisprudenza, C.d.G. 22 gennaio 2004, in causa 353/2001, in *D&G – Dir e Giust.*, 2004, f. 14, 126; ID., 23 settembre 2003, in causa 192/2001, in *Ragiusan* 2004, f. 237-8, 193; ID., 13 maggio 2003, in causa 463/2000., in *Foro it.*, IV, 405; ID., 16 gennaio 2003, in causa 12/2000, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2003, 1515; ID., 26 novembre 2002, in *Giust. Civ.* 2003, I, 3; ID., 17 settembre 2002, in causa 413/2001; in *Giur. It.* 2003, 861; ID., 4 giugno 2002, in causa 483/1999, in *Foro amm. CDS*, 1595.

<sup>102</sup> Cfr. l'articolata disciplina introdotta dall'art. 55, direttiva 2004/18/CE, ai sensi della quale “1. Se, per un determinato appalto, talune offerte appaiono anormalmente basse rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice, prima di poter respingere tali offerte, richiede per iscritto le precisazioni ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta in questione. Dette precisazioni possono riguardare in particolare: a) l'economia del procedimento di costruzione, del processo di fabbricazione dei prodotti o del metodo di prestazione del servizio; b) le soluzioni tecniche adottate e/o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori, per fornire i prodotti o per prestare i servizi; c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente; d) il rispetto delle disposizioni relative alla protezione e alle condizioni di lavoro vigenti nel luogo in cui deve essere effettuata la prestazione; e) l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato. 2. L'amministrazione aggiudicatrice verifica, consultando l'offerente, detti elementi costitutivi tenendo conto delle giustificazioni fornite. 3.

comma 1 bis, legge n. 109 del 1994 succ. mod.), laddove l'attuale discrasia esistente fra disciplina relativa agli appalti "sopra soglia" (rispettosa della specifica normativa comunitaria che impone il perfezionamento di un contraddittorio fra amministrazione ed impresa anteriormente alla eventuale esclusione) e specifica disciplina relativa agli appalti "sotto soglia" (che prevede l'"esclusione automatica" delle offerte anormalmente basse individuate sulla base di un calcolo aritmetico <sup>103</sup>), sebbene reputata compatibile con il dettato costituzionale <sup>104</sup>, potrebbe dare adito ad imprevedibili sviluppi interpretativi, influenzati da un'analisi dell'effettiva incidenza del meccanismo automatico di esclusione sulla normale dinamica concorrenziale del mercato dei lavori pubblici (sotto soglia) <sup>105</sup>, con possibili ricadute sul rapporto della previsione nazionale con l'ordinamento comunitario.

---

L'amministrazione aggiudicatrice che accerta che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato può respingere tale offerta per questo solo motivo unicamente se consulta l'offerente e se quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice, che l'aiuto in questione era stato concesso legalmente. Quando l'amministrazione aggiudicatrice respinge un'offerta in tali circostanze, provvede a informarne la Commissione."

<sup>103</sup> Assai significativa, sul punto, anche se origini di fraintendimenti fra alcuni primi annotatori (fraintendimenti peraltro involontari atteso l'assoluta logicità della motivazione in diritto) è la recente sentenza del T.A.R. Piemonte, II, 11 ottobre 2004, n. 2190, che, sulla base di articolata operazione ermeneutica di carattere sia letterale che sistematico, ha reputato derogabile, da parte delle stazioni appaltanti, la previsione di cui all'art. 21, comma 1bis, sull'"esclusione automatica" delle offerte anomale negli appalti di lavori "sotto soglia" in favore di un meccanismo di diverso meccanismo di verifica di natura discrezionale, fondato sulla verifica effettiva della congruità dell'offerta anormalmente bassa, "coerente con il principio della partecipazione al procedimento amministrativo e con quello della massima concorrenzialità".

<sup>104</sup> La disciplina che prevede - è stata a più riprese ritenuta non in contrasto con la Costituzione; sul punto cfr. Corte Cost., 5 marzo 1998, n. 40, nonché Corte Cost., ord. 18 marzo 1999, n. 74, in cui si è sottolineato che "tale regola si giustifica considerando che una più complessa procedura di analisi delle offerte sarebbe troppo onerosa rispetto al beneficio derivante dal minor prezzo eventualmente ottenibile e ritarderebbe l'aggiudicazione dei lavori".

<sup>105</sup> Particolarmente interessanti sono i contenuti della deliberazione della Giunta Comunale di Torino 28 gennaio 2003 richiamata dalla sentenza del T.A.R. Piemonte n. 2190/2004 e recante all'oggetto "Gara d'appalto di lavori. Provvedimenti a tutela della concorrenza e della trasparenza" secondo cui per tutti i tipi di gara aventi ad oggetto la realizzazione di lavori pubblici "il sistema della media ex art. 21 della legge 109/94 e s.m.i." ha indotto "una progressiva omogeneizzazione delle offerte" che ha raggiunto "livelli paradossali, con decine e decine di offerte nella stessa gara distanziate tra loro di centesimi o millesimi di punto percentuale" a testimonianza di "un'alterazione della normale dinamica concorrenziale". Trattandosi di situazione caratterizzata da "anomalia ed eccezionalità ... si impone la revisione delle modalità di aggiudicazione, in conseguenza dell'anomalo andamento delle gare d'appalto ... legato al sistema di automatica esclusione delle offerte" anormalmente basse, la cui



Ma, al di là di quanto sin qui rilevato, pare più che probabile che le sollevate questioni sulla portata applicativa delle conclusioni della sentenza *Sintesi* su un quadro normativo invariato, debbano essere superate dalla svolta che pare preannunciarsi dal Disegno di “Legge Comunitaria 2004”<sup>106</sup> che, all’articolo 25, quale specifico criterio direttivo dell’ampia delega al Governo per il recepimento delle due direttive 2004/17 e 2004/18, individua l’adeguamento della normativa nazionale alla sentenza della Corte di Giustizia in causa C-274/02; circostanza questa che lascerebbe presupporre un intendimento del legislatore nazionale – come visto ravvisabile in altre occasioni – di acconsentire interventi anche radicali sulla vigente disciplina generale sui criteri di aggiudicazione nei lavori pubblici<sup>107</sup>.

#### **6. La disciplina dei pubblici appalti fra direttive comunitarie e legislazione nazionale. Considerazioni conclusive.**

Al di là delle considerazioni sopra svolte, deve essere comunque rilevato che la portata della sentenza della Corte di Giustizia pare essere assai più significativa in termini generali rispetto a quello che risulta dal suo tenore letterale, indubbiamente stringato.

Non può difatti sottacersi, difatti, come le conclusioni rinvenibili nella stessa, così come l’approccio argomentativo che ne è alla base, potrebbero rilevare in modo evolutivo in punto di ridefinizione dell’ambito di discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici nell’adozione di sistemi e di criteri di aggiudicazione che garantiscano il miglior livello di concorrenzialità, assumendo così una portata in un certo senso additiva rispetto alla discrezionalità propria del legislatore nazionale o regionale, quanto meno laddove a livello legislativo sia stata operata un recepimento riduttivo delle disposizioni della direttiva senza che la stessa consentisse espressamente un simile adattamento.

Il che rileverebbe sotto due profili, entrambe sicuramente prospettici, ma non per questo di secondario rilievo.

---

applicazione portato ad un appiattimento delle offerte sullo stesso valore che ha disatteso “ogni dinamica concorrenziale oltre che la ratio del legislatore nazionale, dei principi della Costituzione e del Trattato CEE”.

<sup>106</sup> Si tratta del Disegno di legge Senato n. 2742-B.

<sup>107</sup> E’ quanto auspicato da AUDITORE (in *Brevi note sui problemi di compatibilità tra l’art. 21 della legge n. 109 del 1994 e la normativa comunitaria*, cit.) che reputa necessario il riconoscimento alle amministrazioni appaltanti “una incondizionata possibilità di scelta tra i due criteri, a prescindere dal livello di complessità dell’opera”.

In primo luogo, come conferma della autorevole riflessione <sup>108</sup> che ha individuato uno degli strumenti di impossessamento da parte dell'Unione del diritto amministrativo nazionale nella limitazione dell'autonomia legislativa, fornendo una garanzia diretta alle singole amministrazioni nazionali nei confronti dello stesso Stato membro che non potrà disattendere le scelte operate da tali amministrazioni, pena l'applicazione delle sanzioni per violazione del diritto comunitario. La atipica "riserva di amministrazione" che ne discende è tale da tratteggiare in modo innovativo il rapporto fra legislatore nazionale e gli apparati burocratici, nonché, a monte, il rapporto fra legislatore comunitario e nazionale <sup>109</sup>.

In secondo luogo, sotto il profilo dei riflessi sul tema della sufficienza-insufficienza, nella logica della migliore concorrenzialità, del sistema rigido della legge "Merloni" ancora fondato sulla tipizzazione dei sistemi di realizzazione delle attività qualificate come "lavoro pubblico" e dei relativi contratti <sup>110</sup>, rispetto alla

---

<sup>108</sup> In tal senso, CASSESE, *La Signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2002, 298. anche se con riferimento a direttive di generazione successiva rispetto a quella sui cui vi è stata la pronuncia interpretativa della Corte, recanti disposizioni sia di carattere organizzativo riferite agli apparati nazionali, sia norme di carattere procedurale cui devono attenersi le amministrazioni nazionali

<sup>109</sup> Ciò, anche se sul punto sarà interessante verificare altresì eventuali posizioni che potrebbe assumere la Commissione UE che, si ricordi, nella fattispecie in considerazione, si esprime nel senso della non contrarietà della previsione nazionale rispetto al diritto comunitario.

<sup>110</sup> Si opera riferimento all'art. 19 della legge n. 109 del 1994 "Sistemi di realizzazione dei lavori pubblici" secondo cui "01. I lavori pubblici di cui alla presente legge possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici, salvo quanto previsto all'articolo 24, comma 6" (che rinvia al sistema delle "economie"), nonché."1. I contratti di appalto di lavori pubblici di cui alla presente legge sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un soggetto di cui all'articolo 2, comma 2, aventi per oggetto:a) la sola esecuzione dei lavori pubblici di cui all'articolo 2, comma 1;b) la progettazione esecutiva di cui all'articolo 16, comma 5, e l'esecuzione dei lavori pubblici di cui all'articolo 2, comma 1, qualora: 1) riguardino lavori di importo inferiore a 200.000 euro; 2) riguardino lavori la cui componente impiantistica o tecnologica incida per più del 60 per cento del valore dell'opera; 3) riguardino lavori di manutenzione, restauro e scavi archeologici;4) riguardino lavori di importo pari o superiore a 10 milioni di euro. L'elencazione tassativa dei sistemi di realizzazione di "lavori pubblici" recata al citato articolo 19 della legge quadro ha creato non pochi problemi alla convivenza nell'ordinamento nazionale del contratto di *leasing immobiliare* pubblico; in generale sul leasing immobiliare delle pubbliche amministrazioni, si v. BARETTONI ARLERI, *Il leasing finanziario delle pubbliche amministrazioni fra le maglie della contabilità di Stato*, in AA.VV. (a cura di CLARIZIA e VELO), *Il leasing pubblico*, Milano, 1985, 66 ss.; MORBIDELLI, *realizzazione di opere pubbliche tramite contratti di leasing finanziario: profili procedurali*, in *Riv. Trim. app.*, 1988, 11 ss.; FISCHIONE, *Il leasing per la realizzazione delle opere pubbliche (pubblica amministrazione ed uso di un modulo*

ricomprensione nella definizione comunitaria dell'oggetto dell'appalto di lavori pubblici anche della "esecuzione con qualsiasi mezzo" ammessa nell'ordinamento nazionale nella figura dell'"affidamento a contraente generale" unicamente per la realizzazione di infrastrutture strategiche di cui alla già citata legge 21 dicembre 2001, n. 443 (cd. "legge obiettivo") ed al relativo decreto attuativo (decreto legislativo 4 settembre 2002, n. 190) <sup>111</sup>.

Non può non rilevarsi, difatti, come, il difforme recepimento della nozione di appalto di lavori pubblici rispetto a quanto risulta in sede comunitaria, comportando un elemento di differenziazione di carattere discriminatorio rispetto a ciò che può formare oggetto di appalto negli altri Paesi della Comunità, potrebbe reputarsi pregiudizievole sia per Amministrazioni che si trovano limitate nello loro sfera d'azione sia per le Imprese che possono concorrere solo se e in quanto i lavori pubblici presentano quelle caratteristiche indicate dal legislatore nazionale.

Si tenga presente, peraltro, come il tema della disomogeneità nella definizione dell'ambito oggettivo dell'appalto di lavori pubblici ha costituito anch'esso oggetto di questione di costituzionalità risolta dalla Consulta nella più volte citata sentenza n. 498 del 1995 <sup>112</sup>. Più precisamente, la Corte Costituzionale ha reputato non

---

*contrattuale alternativo*), in *Giur. It.*, 1988, 330 ss.; TUCCI, *Aspetti contrattuali del leasing pubblico*, in *Riv. Trim. app.*, 1989, 19 ss.; TORREGROSSA, *L'opera pubblica fra leasing e concessione di costruzione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1987, 329 ss.; VARRONE, *L'inammissibilità del leasing finanziario per la realizzazione di opere pubbliche*, in *AA.VV., Scritti in onore di Guido Capozzi*, vol. II, Milano, 1992, 800 ss.; CAPITANI, *Il contratto di leasing pubblico: caratteri generali e problematiche connesse alla sua utilizzazione per la realizzazione di opere pubbliche*, in *Comuni d'Italia*, n. 7-8/2000. Sulle nuove prospettive del leasing immobiliare e delle sue relazioni con la disciplina degli appalti di lavori e del *project financing*, cfr., da ultimo, G. MONTEODORO, *Leasing pubblico e capacità generale di diritto privato della p.a.*, in *Rivista Diritto e formazione* [www.lexfor.it](http://www.lexfor.it), Milano e sul sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Rilevante è peraltro la recente "apertura" dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici all'utilizzo del leasing quale modalità di realizzazione di opere pubbliche alternativa all'appalto ed alla concessione; cfr., sul punto, la deliberazione 23 settembre 2004, n. 29, in *Edilizia e territorio*, n. 41, 2004, 18 ss.

<sup>111</sup> Sull'"esecuzione con qualsiasi mezzo" come configurata nella fattispecie dell'appalto a "contraente generale", cfr. De PRETIS, *Commento all'articolo 9 del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190*, in *AA.VV.* (a cura di CAIA-CUGURRA-DePRETIS-SCIULLO), *La realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 2003, 1019 ss.

<sup>112</sup> Si tenga presente che il problema della pretesa difformità con la definizione comunitaria era nel 1995 particolarmente evidente atteso che nella prima versione della "legge quadro" (sui cui si è espressa la Corte Costituzionale) non erano neppure contemplate le ipotesi di "appalto integrato" (appalto avente ad oggetto la progettazione esecutiva e la realizzazione dei lavori) introdotta solo in seguito.

fondata la questione, sulla base della considerazione secondo cui “la diversità delle definizioni espresse dalle norme comunitarie rispetto a quelle enunciate dalla legislazione statale non determina necessariamente un conflitto di discipline, anche in ragione della relatività delle qualificazioni normative dei distinti ordinamenti. Comunque, nel caso in esame, il contrasto non si verifica, giacché l'esclusione della progettazione dall'appalto per l'esecuzione delle opere è conseguenziale rispetto all'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di predisporre, per i lavori pubblici, progetti esecutivi, sicché non è dato avere appalti che implicino una attività di progettazione, ammessa ma non imposta dalla normativa comunitaria”. L'approccio della Corte, fondato sulla affermazione della esistenza di un ben preciso spazio del legislatore nazionale per un recepimento-adattamento anche parzialmente difforme di disposizioni della direttiva comunitaria per ragioni, peraltro, diverse rispetto ad un preteso miglior perseguimento della libera concorrenza nel settore, è ora messo in discussione dal portato della giurisprudenza comunitaria.

Ma oltre alla ipotesi dell'ipotesi su cui la Corte si è pronunciata, ciò che colpisce è, alla luce del caso *Sintesi*, la potenziale contrarietà rispetto all'ordinamento comunitario (con i conseguenti problemi in tema di disapplicazione) di significativi profili disciplinari di cui alla normativa nazionale in materia di lavori pubblici.

Fra i più emblematici, in via esemplificativa, sicuramente in primo luogo la disciplina della “procedura negoziata”-“trattativa privata”, che, oltre che decisamente differenziata con riferimento alle ipotesi in cui è ammesso il ricorso all'affidamento “senza bando”<sup>113</sup>, ha espunto, non riconoscendolo, il sistema

---

<sup>113</sup> Si riporta in stralcio le ipotesi di procedura negoziata “senza bando” previste per l'affidamento di lavori pubblici dall'art. 31, Direttiva 2004/18/CE: par. 1 ” a) qualora non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata o non sia stata depositata alcuna candidatura in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate e purché una relazione sia trasmessa alla Commissione a richiesta di quest'ultima; b) qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, l'appalto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato; c) nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le amministrazioni aggiudicatrici in questione, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate con pubblicazione di un bando di gara di cui all'articolo 30. Le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici”; par. 4, “a) per i lavori o i servizi complementari, non compresi nel progetto inizialmente preso in considerazione né nel contratto iniziale, che sono divenuti necessari, a seguito di una circostanza imprevista, all'esecuzione dell'opera o del servizio quali ivi descritti, a condizione che siano aggiudicati all'operatore economico che presta tale servizio o esegue tale opera: -

concorsuale della “procedura negoziata con bando” la cui previsione nel sistema normativo comunitario consegue alla risposta di dotare le amministrazioni, in ipotesi sì limitate ma comunque assolutamente significative, di uno strumento di scelta del contraente sempre di natura concorsuale e fondato su un momento preventivo di pubblicità, ma caratterizzato al contempo da un elevato tasso di flessibilità<sup>114</sup>.

Presenta le medesime perplessità, anche se in un’ottica evolutiva, il sistema della qualificazione degli esecutori (D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34<sup>115</sup>, attuativo dell’art. 8. della legge n. 109 del 1994).la cui adattabilità rispetto alle novità introdotte in punto alla riferibilità dei requisiti economici e tecnici dalla direttiva 2004/18<sup>116</sup> sul portato della giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>117</sup> è tutta da verificare.

---

qualora tali lavori o servizi o complementari non possano essere separati, sotto il profilo tecnico o economico, dall'appalto iniziale senza recare gravi inconvenienti all'amministrazione aggiudicatrice - qualora tali lavori o servizi, pur essendo separabili dall'esecuzione dell'appalto iniziale, siano strettamente necessari al suo perfezionamento. Tuttavia, l'importo cumulato degli appalti aggiudicati per lavori o servizi complementari non deve superare il 50% dell'importo dell'appalto iniziale; b) per nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale dalle medesime amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo le procedure aperte o ristrette. La possibilità di valersi di questa procedura è indicata sin dall'avvio del confronto competitivo nella prima operazione e l'importo totale previsto per la prosecuzione dei lavori o della prestazione dei servizi è preso in considerazione dalle amministrazioni aggiudicatrici per l'applicazione dell'articolo 7. Il ricorso a questa procedura è limitato al triennio successivo alla conclusione dell'appalto iniziale”.

<sup>114</sup> Cfr. art. 30, comma 1, Direttiva 2004/18/CE, secondo cui “1. Le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante procedura negoziata, previa pubblicazione di un bando di gara, nelle fattispecie seguenti:

a) in caso di offerte irregolari o di deposito di offerte inaccettabili secondo le disposizioni nazionali compatibili con le disposizioni degli articoli 4, 24, 25, 27 e quelle del capo VII, presentate in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta o di un dialogo competitivo, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate. Le amministrazioni aggiudicatrici possono non pubblicare un bando di gara se includono nella procedura negoziata tutti, e soltanto, gli offerenti in possesso dei requisiti di cui agli articoli da 45 a 52 che, nella procedura aperta o ristretta o nel dialogo competitivo precedente, hanno presentato offerte conformi ai requisiti formali della procedura di aggiudicazione; b) in casi eccezionali, qualora si tratti di lavori, forniture o di servizi la cui natura o i cui imprevisti non consentano una fissazione preliminare e globale dei prezzi; .....; d) nel caso di appalti pubblici di lavori, per i lavori realizzati unicamente a scopo di ricerca, sperimentazione o messa a punto e non per assicurare una redditività o il recupero dei costi di ricerca e di sviluppo”.

<sup>115</sup> In G.U. 29 febbraio 2000, n. 49, s.o..

<sup>116</sup> Il riferimento è agli articoli 47, par. 2 e 48, par. 3 che, con riferimento ai requisiti di capacità economica e tecnica, dispongono che “un operatore economico può, se del

Come già notato in precedenza, almeno per ora, il giudice amministrativo nazionale <sup>118</sup> ha escluso che la disciplina del criterio dell'”offerta economicamente più vantaggiosa” di cui all'articolo 21, comma 2 (che impone l'assunzione di alcuni elementi di valutazione individuati dalla stessa come obbligatori, lasciando alla discrezionalità della stazione appaltante l'individuazione di eventuali ulteriori elementi) sia in contrasto il parallelo art. 30 della direttiva 93/37, interpretato comunemente, anche sulla base dell'autorevole avallo del giudice comunitario <sup>119</sup>, come norma attribuita alle singole amministrazioni aggiudicatrici del potere di individuare, appalto per appalto, gli elementi di valutazione da considerare. Peraltro svolte interpretative in senso contrario non dovrebbero meravigliare.

Comunque la si veda, pare comunque sufficientemente chiaro che ogni qualvolta il legislatore nazionale o regionale fisserà, nella materia degli appalti “sopra soglia”, regole che inibiscano, non consentano o comunque limitino l'utilizzazione di formule e procedure gestionali contemplate e consentite a livello europeo, potrà configurarsi uno scostamento dalla posizione di parità e pari opportunità che il legislatore comunitario ha posto a fondamento del suo disegno uniformatore, ancora più evidente a seguito della definitiva approvazione della direttiva unificata in materia di appalti di lavori, forniture e servizi, e che è garanzia di parità per tutte le amministrazioni a livello comunitario.

Gli evidenziati timori appaiono in particolar modo evidenti, laddove l'atteggiamento del legislatore nazionale e regionale si ponga in soluzione di continuità con l'esperienza normativa che ha avuto avvio con l'approvazione della legge n. 109 del 1994 e con i successivi provvedimenti attuativi <sup>120</sup>, caratterizzata da una “iperregolamentazione” delle procedure di scelta dei contraenti nella già indagata ottica di prevenire comportamenti illegittimi od illeciti delle stazioni

---

caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi”, salvo l'obbligo di dimostrare di avere a disposizione i mezzi e le risorse necessarie per l'esecuzione dell'appalto.

<sup>117</sup> Cfr. la centrali sentenze della Corte di Giustizia, 2 dicembre 1999 in causa C - 176/1998, *Holst* e 18 marzo 2004, C - 314/01, *Telecom & Partner* riprese a livello interno, fra le altre, da Cons. Stato, V, 7 febbraio 2003, n. 645; Id., sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5517.

<sup>118</sup> V. *supra* nota 50.

<sup>119</sup> Trattasi delle già richiamate sentenze 18 ottobre 2001, causa C-19/00, *SIAC Construction* e 19 giugno 2003, causa C-315/01, *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT)*.

<sup>120</sup> Come visto, detta esperienza ha subito una netta battuta d'arresto con l'approvazione della legge n. 443 del 2001 (e del d.lgs. n. 190 del 2002) ed una evidente deviazione di corso con la riforma *quater* (Legge n. 166 del 2002).

appaltanti attraverso una quanto più possibile dettagliata predeterminazione delle regole operative in via normativa <sup>121</sup>.

Approccio, questo, che – almeno a livello statale per ragioni di competenza <sup>122</sup> - parrebbe in fase di netta revisione come risulta non solo dalle scelte della più recente normativa statale, sia speciale sia generale, in materia di lavori pubblici <sup>123</sup>, ma anche dai principi e criteri direttivi al Governo per il recepimento delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, rinvenibili nel già citato Disegno di “Legge Comunitaria 2004” che, per quanto attiene alle “procedure di affidamento che non costituiscono diretta applicazione delle normative comunitarie” individua la “semplificazione ... finalizzata a favorire il contenimento dei tempi e la massima flessibilità degli strumenti giuridici” <sup>124</sup>, quale principio cardine della redigenda disciplina nazionale di attuazione delle nuove direttive in materia di appalti pubblici <sup>125</sup>.

Firenze, 12 aprile 2005

---

<sup>121</sup> Critiche alla *overregulation* nel settore della contrattualistica sono state mosse da NAPOLITANO (*Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 206 ss.) e da CAFAGNO (*Lo Stato banditore*, Milano, 2001, 122 ss.).

<sup>122</sup> Cfr. *supra* nota 34; il tema assume peculiare rilevanza dalla conservazione alla competenza esclusiva statale della materia – anche se più correttamente deve parlarsi di “ambito materiale trasversale”, cfr. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V: Stato, Regioni ed autonomie fra Repubblica ed Unione Europea*, Torino, 2002, 71 - della “tutela della concorrenza”. Cfr., sul delicato tema della “dubbia” esistenza della materia “lavori pubblici”, Corte Cost. 1 ottobre 2003, n. 303, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it). In senso critico cfr., su tutti, CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 65 ss..

<sup>123</sup> Cfr. *supra* nota 119.

<sup>124</sup> Art. 25, comma 1, lett. b), disegno di legge n. 2742-B come approvato dal Senato il 20 luglio 2004 e modificato dalla Camera dei deputati il 2 dicembre 2004 (i corsivi sono nostri).

<sup>125</sup> Ciò anche in relazione alla già richiamata disposizione di cui all’art. 7, legge n. 166 del 2002 (cd. *Merloni quater*), secondo cui le novelle alla legge n. 109 ivi apportate devono intendersi come propedeutiche alla integrale “revisione della legge quadro sui lavori pubblici, anche allo scopo di adeguare la stessa alle modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione”.