stigli dal trattato, la Corte non può imporre requisiti di precisione così rigidi per quel che riguarda la diffida, la quale può necessariamente consistere solo in un primo e breve riassunto degli addebiti e nulla vieta quindi alla Commissione di precisare, nel parere motivato, gli addebiti da essa già esposti in modo più complessivo nella lettera di diffida.

2. Ai sensi dell'art. 29, n. 1, della direttiva n. 71/305, recante coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, l'aggiudicazione del contratto in base ai criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa presuppone che l'amministrazione aggiudicatrice possa prendere una decisione discrezionale in base a criteri qualitativi e quantitativi variabili a seconda del contratto e non sia vincolata unicamente dal criterio quantitativo della media del prezzo delle offerte presentate.

3. A norma dell'art. 5 del trattato CEE, gli Stati membri sono tenuti a facilitare alla Commissione l'assolvimento del suo compito consistente, soprattutto, ai sensi dell'art. 155 del trattato, nel vigilare sull'applicazione delle disposizioni del trattato nonché delle disposizioni adottate dalle istituzioni in forza di questo.

Qualora a tale scopo una direttiva imponga agli Stati membri un obbligo d'informazione, che consenta alla Commissione di controllare se la direttiva sia stata realmente e completamente attuata, l'inosservanza di questo obbligo da parte di uno Stato membro costituisce un inadempimento, anche se la Commissione, di fatto, ha potuto avere conoscenza delle disposizioni d'attuazione adottate da detto Stato.

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE CARL OTTO LENZ del 13 febbraio 1985 *

Signor Presidente,
signori Giudici,

A. La causa oggi in esame verte sull'attuazione in Italia della direttiva del Consiglio 26 luglio 1971 « che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici » (GU 1971, L 185, pag. 5 e segg.).

Questa direttiva è già venuta in rilievo nella causa 10/76 [1]. In tale occasione il suo contenuto è stato illustrato in modo così esauriente da permettermi di rinviare semplicemente ad essa.

Una prima legge italiana è stata adottata in materia il 2 febbraio 1973. La citata sentenza, che si concludeva con la constatazione che la Repubblica italiana era venuta meno ad un obbligo impostole dal trattato, faceva riferimento al fatto che — poiché la direttiva, a norma dell'art. 32, andava attuata entro il 29 luglio 1972 — detto Stato non aveva adottato, entro il termine stabilito (dodici mesi dalla notifica della direttiva), le

* Traduzione dal tedesco.

1 — Sentenza 22 settembre 1976 nella causa 10/76, Commissione delle Comunità europee/Repubblica italiana, Racc. 1976, pag. 1359.

disposizioni necessarie per conformarsi alla direttiva n. 71/305.

L'8 agosto 1977, veniva adottata una nuova legge che, come dichiarava la Commissione, trasponeva correttamente la direttiva nell'ordinamento giuridico italiano.

La situazione non rimaneva tuttavia immutata, anzi, la legge 10 dicembre 1981, n. 741, modificava così profondamente la situazione di diritto che la Commissione, venutane a conoscenza, maturava il convincimento che numerose norme di questa legge fossero incompatibili con la precitata direttiva.

Con telex 7 aprile 1982 veniva richiamata l'attenzione del governo italiano su questi fatti ed esso era invitato a presentare le proprie osservazioni. In mancanza di una risposta, la Commissione, con lettera 17 dicembre 1982, avviava una procedura ai sensi dell'art. 169 del trattato CEE. In essa venivano specificate le norme della legge italiana 10 dicembre 1981 (in particolare gli artt. 9, 10, 1°, 3°, 4° e 5° comma, 11, 13 e 15, 2° comma) incompatibili con le prescrizioni della direttiva, e si sosteneva che era stato trasgredito l'art. 33 della direttiva in quanto il governo italiano non aveva comunicato alla Commissione il testo di detta legge.

Il governo italiano replicava con lettera 24 febbraio 1983, ammettendo il fondamento della maggior parte degli addebiti formulati dalla Commissione e richiamando l'attenzione su di un disegno di legge già elaborato per la modifica della legge contestata.

La Commissione, cui era stata comunicata una copia del citato disegno di legge, giungeva alla conclusione che in caso di approvazione del disegno di legge sarebbe venuta a cadere una parte degli addebiti da essa mossi, mentre un'altra parte non sarebbe stata eliminata in maniera soddisfacente. Comunque, il 2 agosto 1983, non essendosi ancora concluso a quel momento l'iter legislativo, essa emetteva un parere motivato a norma dell'art. 169 del trattato CEE. Inoltre, non essendo intervenuta una modifica della legislazione italiana entro il termine di cui al parere motivato, il 10 dicembre 1983 la Commissione adiva la Corte di giustizia chiedendo di dichiarare che la Repubblica italiana era venuta meno agli obblighi impostile dal trattato, in quanto aveva adottato talune disposizioni di attuazione della direttiva n. 71/305 omettendo di comunicare alla Commissione le disposizioni essenziali adottate in Italia in materia di aggiudicazione di appalti di lavori pubblici.

Nella fase scritta del procedimento dinanzi alla Corte, la convenuta ha riconosciuto il fondamento di una serie di addebiti (in particolare, quelli relativi agli artt. 10, commi 3°, 4° e 5°, nonché all'art. 13 della legge n. 741). Dal canto suo la Commissione, dopo aver preso conoscenza delle dichiarazioni del governo italiano, ha ritrattato taluni addebiti (ossia quelli relativi all'art. 11 di detta legge e — in parte — all'art. 9, sempre della medesima legge).

Nel corso della fase orale abbiamo poi appreso che l'8 ottobre 1984 è stata adottata la legge n. 687 che modifica la legge n. 741 e le norme sulla cauzione provvisoria e sulla pubblicazione. Così, come constatato dalla Commissione, è stata eliminata la maggior parte dei punti controversi ancora irrisolti. Una violazione degli obblighi del trattato da parte della Repubblica italiana può quindi essere ancora constatata soltanto per quel che riguarda il criterio decisivo per l'aggiudicazione (che era disciplinato nella legge n. 741 all'art. 10, 1° comma, e che a seguito

della legge n. 687 è contenuto, in forma sostanzialmente analoga, nel modificato art. 24, 1° comma, lett. b), della legge 8 agosto 1977) e, d'altra parte, per violazione dell'art. 33 della direttiva in seguito all'adozione della legge n. 741.

Come sappiamo, il governo italiano contesta ambedue gli addebiti.

B. Passo ora ad esaminare questa parte residua della controversia.

1. Per quanto riguarda il primo dei due punti controversi, la convenuta, *nella fase orale*, ne ha innanzitutto eccepito l'*irricevibilità*.

Infatti, il contestato 1° comma dell'art. 10 della legge n. 741 (ai sensi del quale è stato integrato l'art. 24 della legge 8 agosto 1977 relativamente al criterio di aggiudicazione in modo che quest'ultima poteva avvenire anche a favore dell'offerente la cui offerta corrispondeva alla media delle offerte — o che vi si avvicinava maggiormente, dovendosi questa calcolare sul 50% delle offerte più basse) — come sostiene il governo italiano — sarebbe stato definito, nella lettera di comunicazione degli addebiti, incompatibile solamente con l'art. 29, n. 3, della direttiva che recita:

« Il criterio del prezzo, calcolato secondo le norme nazionali in vigore (procedura della scheda segreta), può essere mantenuto per un periodo di tre anni dopo la scadenza del termine previsto all'art. 32 per gli appalti e il cui ammontare di stima non supera 10 milioni di UC e per un periodo di sette anni a decorrere dalla stessa data per gli appalti il cui ammontare di stima è compreso tra 1 e 2 milioni di UC ».

Ciò è accaduto chiaramente perché — così va intesa la citata lettera della Commissione — l'art. 4 della legge 2 febbraio 1973, n. 14 (cui rinvia il contestato art. 10), fa a sua volta riferimento all'art. 1, lett. d), della legge 2 febbraio 1973, che tratta di una comparazione di offerte *segrete* con la media ai sensi dell'art. 4. Nel parere motivato (come pure nel corso di questo procedimento) la Commissione ha invece sostenuto esclusivamente le tesi secondo cui il suddetto criterio di aggiudicazione non corrisponderebbe a nessuno dei criteri contemplati dall'art. 29, *n. 1*, della direttiva, e sarebbe quindi incompatibile con questa disposizione, la quale recita:

« I criteri sui quali le amministrazioni aggiudicatrici si fondano per l'aggiudicazione dell'appalto sono:

— o unicamente il prezzo più basso;

— o, quando l'aggiudicazione si fa a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, diversi criteri variabili secondo l'appalto, quali il prezzo, il termine di esecuzione, il costo di utilizzazione, il rendimento, il valore tecnico. »

Ciò non sarebbe possibile secondo la giurisprudenza. In base a questa, nella lettera di comunicazione degli addebiti dovrebbe essere definito l'oggetto della controversia, in modo che lo Stato membro interessato possa difendersi tempestivamente. In una fase successiva del procedimento non potrebbe essere quindi introdotta una nuova causa petendi, cioè non si potrebbe invocare un'altra norma giuridica a fondamento di un addebito. Modificando in questa maniera il petitum, la Commissione presenterebbe dunque una domanda che non si troverebbe nel ricorso, il che andrebbe quindi ritenuto illegittimo, né — come si ricava altresì dalla giurisprudenza — un tale modo di procedere potrebbe essere sanato dal fatto che lo Stato membro interessato si lasci coinvolgere in una controversia in merito all'addebito modificato nel parere motivato.

Questo assunto — anche se lo si può trovare eccessivamente rigoroso e formalistico — sembra corrispondere effettivamente alla giurisprudenza. Da questa si può desumere che in un procedimento a norma dell'art. 169 del trattato CEE la lettera di comunicazione degli addebiti riveste un'importanza essenziale per la definizione, in fatto ed in diritto, della materia del contendere. La sua funzione consiste nel dare allo Stato membro interessato la possibilità di difendersi; solamente nella misura in cui essa è esistita — per quanto riguarda le conclusioni di fatto e di diritto — si instaura una corretta procedura amministrativa quale presupposto per adire la Corte e perciò nella fase giudiziale può essere trattato solo ciò che è stato già discusso nella fase precontenziosa.

Del resto, non ho l'impressione che al riguardo la sentenza in causa 254/83 [2], citata dalla Commissione, abbia comportato una decisiva modifica della giurisprudenza, e ciò anche se in quel caso — indipendentemente dal fatto che nella lettera di comunicazione degli addebiti sia stata censurata solamente la mancata *comunicazione* alla Commissione dei provvedimenti da adottare obbligatoriamente — nella sentenza è stata accertata (conformemente al parere motivato) una violazione del trattato sia per quel che riguarda la mancata adozione dei provvedimenti che la loro mancata comunicazione. In quel caso infatti si poteva senz'altro ritenere che la lettera di comunicazione degli addebiti, contrariamente alla sua formulazione, avesse avuto *tacitamente* di mira anche la mancata adozione dei provvedimenti non comunicati. Inoltre doveva sembrare assurdo — in quanto era chiaro che mancava l'adozione delle norme necessarie e non solo la loro comunicazione — che la sentenza si limitasse ciononostante a considerare questo secondo fatto che senza il primo sarebbe per così dire privo del suo fondamento.

2 — Sentenza 3 ottobre 1984 nella causa 254/83, Commissione delle Comunità europee/Repubblica italiana, Racc. 1984, pag. 3395.

Per quel che riguarda il caso di specie, è giocoforza riconoscere che nella lettera di comunicazione degli addebiti la norma italiana contestata, indicata come fatto, è stata esaminata solamente alla luce dell'art. 29, *n. 3*, della direttiva e che pertanto il governo italiano ha circoscritto le proprie osservazioni a questo addebito. È anche chiaro che, rispetto a ciò, l'addebito per la prima volta formulato nel parere motivato, e cioè la trasgressione dell'art. 29, *n.* 1, della direttiva, rappresenta un petitum completamente diverso e che il governo italiano non poteva esporre osservazioni al riguardo durante la fase precontenziosa appunto perché la Commissione aveva espressamente limitato la controversia all'art. 29, n. 3, della direttiva. In mancanza di una fase precontenziosa regolare non è quindi effettivamente possibile ritenere ricevibile la domanda volta a far constatare che l'art. 10, 1° comma, della legge n. 741 è incompatibile con l'art. 29, n. 1, della direttiva.

Ciò avrebbe dovuto essere del resto rilevato d'ufficio appunto perché, ai sensi della menzionata giurisprudenza, si tratta di un problema di ricevibilità; non può quindi avere rilevanza il fatto che il governo italiano ha richiamato l'attenzione su questo aspetto della controversia solamente nella fase orale e solamente in questa occasione ha sollevato un'eccezione d'irricevibilità.

2. Alla luce di questa conclusione che si può trarre sul primo dei due punti controversi rimasti mi dedico ora solo in via subordinata e in forma relativamente sommaria al problema se la censura della Commissione nei confronti dell'art. 10, 1° comma, della legge n. 741 sia fondata o se lo sia invece la tesi del governo italiano, secondo cui tale

disposizione (che nella sua parte essenziale — che però non è ora in discussione — è stata conservata nella legge 8 ottobre 1984) è senz'altro conforme all'art. 29, n. 1, della direttiva n. 71/305.

Come già accennato, la precitata norma ha ancora aggiunto all'art. 24 della legge 8 agosto 1977 (che indica, quali criteri di aggiudicazione, sub a) il prezzo più basso e, sub b), l'offerta economicamente più vantaggiosa) il criterio del prezzo medio calcolato sul 50% delle offerte più basse (che è il metodo citato all'art. 4 della legge 2 febbraio 1973).

La Commissione ritiene al riguardo che esso non corrisponda — appunto perché non si tratta del prezzo *più basso* — al criterio definito al primo trattino dell'art. 29, n. 1; esso non sarebbe però conforme neppure al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, definito al secondo trattino di detta norma, essendo ivi compresi essenzialmente solo criteri qualitativi e non puramente quantitativi, e se in questo contesto il prezzo assume rilevanza, in questo caso esso sarebbe semplicemente uno dei diversi criteri che dovrebbero essere comparati nell'ambito di una decisione discrezionale.

Il governo italiano ha fatto valere per contro che la normativa contestata non avrebbe in realtà introdotto — come crede la Commissione — un terzo criterio per l'aggiudicazione, ma rimarrebbe senz'altro nell'ambito dell'art. 29, n. 1, 2° trattino. Ciò sarebbe sostenibile in quanto qui — come dimostra il criterio del « termine di esecuzione » — non verrebbero assolutamente in rilievo criteri esclusivamente *qualitativi.* Anche qui il prezzo sarebbe citato come un criterio che viene in considerazione e non si dovrebbe affatto necessariamente ammettere che esso possa essere rilevante solamente in unione ad altri criteri. In effetti la normativa contestata rappresenterebbe perciò la fissazione di un metro per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa, in quanto in questo caso il prezzo avrebbe una funzione diversa da quella di cui all'art. 29, n. 1, 1° trattino: verrebbe cioè determinato il giusto *prezzo di mercato* e, eliminando le offerte eccessivamente basse, che difficilmente potrebbero avere un carattere serio, si cercherebbe di far sì che l'aggiudicatario sia un offerente che garantisca la corretta realizzazione del progetto.

La mia impressione in proposito è che, in base alla lettera e al sistema della direttiva, il punto di vista della Commissione abbia dalla sua i migliori argomenti. Chiaramente, nella direttiva sono contemplati solamente due criteri di aggiudicazione. Se viene in considerazione esclusivamente il prezzo, allora entra chiaramente in gioco, a norma del 1° trattino dell'art. 29, n. 1, solamente il prezzo *più basso* e nessun altro. In quanto l'elemento « prezzo » viene però in rilievo anche ai sensi del 2° trattino dell'art. 29, n. 1, e cioè in relazione all'offerta economicamente più vantaggiosa, si può soltanto ritenere che esso non possa qui assumere rilievo isolatamente e — ciò che sarebbe poco comprensibile — in deroga al 1° trattino, bensì solamente in connessione con altri aspetti (come, per esempio, il termine di esecuzione, i costi accessori, ecc.), che richiedono una valutazione nell'ambito di una decisione discrezionale. A favore di questa interpretazione sta inoltre l'art. 29, n. 2, che prescrive ciò che deve essere reso noto nel caso del 2° trattino: ossia *tutti* i criteri di aggiudicazione e, per quanto possibile, nell'ordine decrescente d'importanza. Ciò significa in effetti che, ai sensi del 2° trattino dell'art. 29, n. 1, vengono sostanzialmente in rilievo *più* criteri. Difficilmente quindi un'offerta determinata sulla base della media dei prezzi calcolata sulla metà delle of-

ferte più basse può essere una « offerta economicamente più vantaggiosa » ai sensi di questa norma.

Se del resto deve concedersi al governo italiano che per l'amministrazione aggiudicatrice può essere importante escludere le offerte eccessivamente basse (perché spesso esse non sono serie e fanno temere un'esecuzione non corretta dell'appalto) non per questo è però certo necessaria una deviazione dal sistema della direttiva come quella operata nella legge italiana n. 741. Piuttosto, si può tener conto di questa esigenza anche con la fissazione di prezzi minimi come è comune — secondo le dichiarazioni della Commissione — proprio nella prassi italiana. Al riguardo, respingerei anche l'obiezione secondo cui potrebbero derivarne difficoltà perchè il livello dei prezzi potrebbe variare considerevolmente, a causa della svalutazione, nel periodo compreso tra il bando di gara e l'esecuzione di un progetto. A ciò potrebbe effettivamente ovviarsi innanzitutto tramite una certa accelerazione delle procedure che debbono protrarsi senza necessità — come sembra essere spesso il caso in Italia — sino ad un anno. Inoltre, nella fissazione di un prezzo minimo, dovrebbe ugualmente essere possibile per l'amministrazione disporre una maggiorazione in vista del prevedibile andamento della svalutazione in un ristretto periodo, così come una tale considerazione corrisponde alle aspettative delle imprese partecipanti, in base alle cui offerte appunto, ai sensi della normativa contestata, va determinato un prezzo medio come quello che meglio corrisponde alle condizioni del mercato.

Qualora fosse effettivamente necessario esprimere un parere sulla fondatezza di questa parte del ricorso, andrebbe quindi constatato che l'art. 10, 1° comma, della legge n. 741 non era compatibile con l'art. 29, n. 1, 1° trattino, della direttiva, né rispondeva a quanto richiesto dall'art. 29, n. 1, 2° trattino. Andrebbe inoltre riconosciuto che la Commissione conserva interesse ad una tale declaratoria anche dopo l'abrogazione della legge n. 741, in quanto il governo italiano, nell'art. 2 della legge 8 ottobre 1984, ha sostanzialmente tenuto ferma la normativa contestata.

3. Il secondo punto della controversia ancora rimasto riguarda l'art. 33 della direttiva, che recita:

« Gli Stati membri comunicano alla Commissione il testo delle disposizioni essenziali di diritto interno che essi adottano nel settore disciplinato dalla presente direttiva ».

A questo proposito è possibile dire tutto il necessario in poche parole non sussistendo al riguardo problemi di ricevibilità.

Non vi è dubbio che la legge italiana del 1981 ricada nell'ambito di applicazione dell'art. 33 della direttiva, in quanto essa è stata chiaramente emanata in una materia a cui si riferisce la direttiva ed ha addirittura modificato una legge conforme al diritto comunitario discostandosi in parte da questo. Non è neppure controverso il fatto che il governo italiano non ha comunicato il testo di detta legge alla Commissione. È quindi certo che l'art. 33 della direttiva è stato trasgredito e che quindi è stato giustamente avviata al riguardo una procedura a norma dell'art. 169 del trattato CEE.

Non è nemmeno possibile sostenere che si tratta solo di una violazione di un obbligo del tutto subordinato. Quali siano le funzioni di norme come quella dell'art. 33 della direttiva è del tutto chiaro: esse devono agevolare la Commissione nel controllo dell'esecuzione delle direttive che altrimenti — visto l'alto numero di atti comunitari di que-

sto tipo — potrebbe non risultare sufficientemente efficace in dieci ordinamenti giuridici con normative spesso poco comprensibili. A questo proposito rinvio alla sentenza in causa 96/81 [3] in cui, in un caso corrispondente a quello in esame, è stato messo in rilievo il fatto che gli Stati membri sono tenuti, ai sensi dell'art. 5 del trattato CEE, a facilitare la Commissione nell'adempimento dei propri compiti. A questo scopo — così continua la sentenza — la direttiva (che si trovava allora in discussione) impone un obbligo di informazione. Le informazioni devono essere chiare e precise, cioè indicare senza ambiguità le norme in questione, perché altrimenti la Commissione non potrebbe stabilire se una direttiva sia stata effettivamente e completamente attuata.

È infine altresì palese che il fatto che la Commissione abbia ugualmente avuto conoscenza per altra via della contestata normativa italiana — chiaramente però soltanto nel marzo 1982 —, non può far ritenere non avvenuta la descritta trasgressione, quindi non può costituirne una giustificazione, così come è altresì evidente che — tenuto conto dell'importanza della norma di cui trattasi — non è necessario soffermarsi più a lungo sul fatto che la Commissione chiede giustamente l'accertamento della trasgressione di questa onde attirare — ancora una volta — l'attenzione sull'importanza di disposizioni del genere.

4. Ancora alcune parole, infine, per quel che riguarda le spese di causa.

A questo proposito va innanzitutto ricordato che, in origine, otto addebiti (di cui uno in due parti) sono stati immediatamente ammessi dal governo italiano, tre censure sono giustificate, e che in corrispondenza — anche per quel che riguarda un altro addebito e mezzo — la situazione legislativa italiana è stata modificata nell'ottobre del 1984. In secondo luogo, è importante il fatto che la Commissione ha dovuto ammettere l'infondatezza di un addebito e mezzo e che per una delle censure va dichiarata l'irricevibilità alla luce dello svolgimento della fase precontenziosa.

Tenendo presente questa situazione, che difficilmente consente di ritenere che le domande della Commissione siano state sostanzialmente accolte, sarebbe a mio parere ingiustificato condannare la Repubblica italiana al complesso delle spese. Potrebbe piuttosto essere equo che la metà delle spese sostenute dalla Commissione sia posta a carico della Repubblica italiana, che del resto deve sopportare anche le proprie spese.

5. Dopo quanto è stato esposto propongo che la controversia sia decisa nei seguenti termini:

La domanda volta a far accertare che l'art. 10, 1° comma, della legge italiana 10 dicembre 1981, è incompatibile con l'art. 29, n. 1, della direttiva n. 71/305, è irricevibile. Va tuttavia dichiarato che la Repubblica italiana, omettendo di comunicare alla Commissione il testo della legge 10 dicembre 1981 dopo l'adozione di questa, ha trasgredito l'art. 33 della precitata direttiva.

La Commissione dovrà sopportare la metà delle spese da essa sostenute; l'altra metà va posta a carico della Repubblica italiana, che inoltre sosterrà le proprie spese.

3 — Sentenza 25 maggio 1982 nella causa 96/81, Commissione delle Comunità eruropee/Regno dei Paesi Bassi, Racc. 1982, pag. 1791.