CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE CARL OTTO LENZ

presentate il 26 febbraio 1992 *

Signor Presidente,
Signori Giudici,

A — Antefatti

1. In questo procedimento la Commissione censura l'Italia affermando che quest'ultima, avendo adottato la legge n. 80/87, che introduceva norme straordinarie per l'accelerazione dell'esecuzione di opere pubbliche [1], è venuta meno agli obblighi che le incombono ai sensi dell'art. 59 del Trattato CEE, nonché della direttiva 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici [2].

2. Questa direttiva venne attuata in Italia con la legge 8 agosto 1977, n. 584.

3. La legge oggetto della controversia fu promulgata il 17 febbraio 1987 e rimase in vigore, dopo una proroga della validità, sino al 15 marzo 1991. Essa stabiliva una procedura ristretta che le amministrazioni statali, le regioni, le aziende autonome, gli enti locali e gli enti pubblici non economici possono utilizzare quando fanno eseguire determinati lavori. Ciò doveva consentire loro di accelerare i programmi di costruzione, cosicché tutti i lavori che riguardavano un determinato progetto — dalla redazione dei progetti sino alle necessarie misure di manutenzione dopo l'esecuzione delle opere — potessero essere attribuiti unitariamente.

4. Poiché la Commissione era del parere che alcune disposizioni della legge trasgredissero la direttiva e/o l'art. 59 del Trattato CEE, dopo aver concluso il procedimento amministrativo, ha proposto il ricorso nella presente causa. Nell'atto introduttivo la Commissione ha formulato complessivamente sei diverse censure concludendo che la Corte voglia:

1) constatare che, avendo adottato la legge 17 febbraio 1987, n. 80 (« Norme straordinare per l'accelerazione dell'esecuzione di opere pubbliche »), contenente diverse disposizioni incompatibili con la normativa comunitaria in materia di appalti di lavori pubblici, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 59 del Trattato CEE nonché della direttiva 71/305/CEE del 26 luglio 1971, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5);

2) condannare la Repubblica italiana alle spese di causa.

Nel controricorso la convenuta ha chiesto alla Corte di dichiarare il ricorso infondato.

* Lingua originale: il tedesco.

1 — GURI 14.3.1987, n. 61.

2 — Direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, GU L 185, del 16.8.1971, pag. 5.

5. Come è stato dettagliatamente illustrato nella relazione d'udienza (punto 21 in collegamento con i punti 10, 12 e 13 della relazione d'udienza), la Commissione nella replica ha accolto, per tre delle censure addotte, la tesi del governo italiano, in quanto la legge n. 80 si iscrive nella disciplina generale delle procedure di appalto contenute nella legge n. 584 e non è suo compito o intendimento derogare alle norme di detta legge; la legge n. 80 disciplina i comportamenti delle amministrazioni aggiudicatrici nel senso di vincolarle a determinate modalità procedurali e sostanziali restando nell'ambito delle scelte consentite — conformemente alla direttiva — dalla legge n. 584. Quest'ultima rimane pertanto applicabile anche alle gare che hanno ad oggetto la concessione unitaria prevista dalla legge n. 80.

6. Nella fase orale la Commissione ha rinunciato ad un'altra censura proprio a seguito di precisazioni del governo italiano. Si tratta della censura mossa all'art. 3, n. 2, della legge n. 80. A tale proposito si dice nel ricorso che la suddetta disposizione, stabilendo che l'invito a partecipare può essere rivolto solo ad imprese le quali risultino in possesso del certificato di iscrizione all'Albo nazionale dei costruttori, trasgredisce sia l'art. 22, n. 1, della direttiva 71/305/CEE, sia l'art. 59 del Trattato CEE.

7. Nella fase orale la Commissione si è però riferita alla dichiarazione del governo italiano, per cui la legge n. 80 va interpretata alla luce delle disposizioni generali della legge n. 584 (con cui è stata attuata la direttiva). Inoltre, il governo italiano ha fatto riferimento ad un decreto del presidente del Consiglio dei ministri (n. 55 del 10 gennaio 1991), che in una certa misura contiene un'interpretazione vincolante delle norme della legge n. 80. Queste precisazioni, con le assicurazioni del governo italiano, hanno consentito alla Commissione di rinunciare a detta censura.

8. Nelle seguenti conclusioni tratterò delle due censure rimanenti, per le quali del resto la convenuta non ha invocato la possibilità di interpretare le disposizioni censurate in modo conforme alla legge n. 584. Per i singoli dettagli farò riferimento alla relazione d'udienza.

B — Osservazioni

9. *I.1* Al punto 5.3 del ricorso la Commissione censura l'art. 2, n. 1, della legge n. 80, in cui, per quanto riguarda la lettera d'invito (da parte dell'amministrazione aggiudicatrice) a presentare offerte, si legge:

« La lettera d'invito deve prevedere che le opere, per una quota minima compresa tra il 15 e il 30% [3] dell'importo di affidamento in concessione, siano affidate dal concessionario ad imprese che, (...) abbiano sede legale nella regione in cui si eseguono i lavori ».

A parere della Commissione questa norma trasgredisce l'art. 59 del Trattato CEE. Essa

3 — Nel procedimento amministrativo, nel ricorso e nella relazione d'udienza, viene qui indicata come quota massima consentita il 50%. Il dettato della norma parla tuttavia chiaramente del 30%.

restringe cioè la libera circolazione della prestazione di servizi, in quanto, avvantaggiando imprese con sede in determinate regioni, discrimina per contro le imprese stabilite in altri Stati membri.

10. *2.* Il governo italiano ha controbattuto con due argomenti.

11. a) Sia nel procedimento amministrativo sia nella fase scritta del procedimento dinanzi alla Corte di giustizia ha fatto valere che con questa norma si dovevano compensare gli svantaggi che il sistema previsto dalla legge comporta a danno delle piccole e medie imprese a causa dell'accorpamento in un unico contratto di diverse prestazioni. In tal modo venivano sottratti a dette imprese lavori che, isolatamente considerati, non avrebbero interessato il mercato ultraregionale. Nella controreplica il governo convenuto ha ancora aggiunto che si trattava di lavori di importo ridotto, che venivano sottratti all'area naturale del relativo mercato, che è necessariamente un mercato locale.

12. b) Nella fase orale si è poi per contro servito di un argomento che si riferisce alla situazione di interessi di imprese (aggiudicatarie) di altri Stati membri. Continua sostenendo che dette imprese sono senz'altro interessate a lasciare l'effettuazione di detti lavori ad imprese locali, in quanto l'impresa di un altro Stato membro non si sposta in genere con tutta la struttura e le maestranze nello Stato membro in cui i lavori sono eseguiti. La norma censurata rispecchia il normale comportamento di un'impresa con sede all'estero e non comporta pertanto alcuna restrizione della libera prestazione di servizi. In questo contesto il governo italiano si riferisce ancora ad un precedente relativo ad un'altra legge italiana, nel frattempo abrogata, che la Commissione aveva ritenuto incompatibile con l'art. 59. La *restrizione* ivi contemplata della possibilità dell'aggiudicatario di lasciare eseguire lavori ad imprese terze è stata ritenuta dalla Commissione discriminante nei confronti di imprese di altri Stati membri, in quanto queste ultime si trovano normalmente nella necessità di lasciare l'esecuzione di lavori meno specializzati ad imprese locali. Partendo da questa tesi, accettata dal governo italiano, appare contraddittorio criticare ora una norma che tiene conto della ricordata situazione di imprese straniere.

13. *3.* A proposito di tutta questa problematica occorre anzitutto constatare che la norma censurata risulta svantaggiosa per due tipi di imprese stabilite in altri Stati membri: da un lato, per quelle che prendono il posto delle imprese locali dello Stato membro convenuto come subappaltatrici dell'aggiudicatario, qualora quest'ultimo non voglia o non possa eseguire determinati lavori; dall'altro, per gli aggiudicatari che sono disposti e in grado di eseguire essi stessi l'insieme dei lavori, ma ne vengono impediti dall'art. 2, n. 1, della legge n. 80.

14. Non è qui necessario che io mi esprima su come occorra valutare alla luce dell'art. 59 del Trattato CEE lo svantaggio subito dall'ultimo gruppo menzionato. Ai miei fini basta osservare che il primo gruppo menzionato è senza dubbio oggetto di discriminazione. Infatti è escluso che dette imprese vengano incaricate di lavori che devono es-

sere concessi dagli aggiudicatari nell'ambito della rispettiva quota a imprese con sede nelle regioni interessate. Nell'applicazione della norma censurata vengono in tal modo avvantaggiate prestazioni di servizi di imprese nazionali nella stessa misura in cui vengono svantaggiate prestazioni di servizi di imprese con sede in altri Stati membri.

15. Qualora detta fattispecie ricada in tal modo nel divieto di restrizioni della libera prestazione dei servizi ai sensi dell'art. 59 del Trattato CEE, allora questa conseguenza non viene pregiudicata dal fatto che in ogni caso singolo alcune imprese nazionali vengono avvantaggiate nella loro prestazione di servizi, mentre le altre imprese nazionali sono soggette alle stesse restrizioni delle imprese di altri Stati membri [4]. Dopo la sentenza Du Pont de Nemours [5], che concerne un problema parallelo nell'ambito della libera circolazione delle merci, è infatti evidente che una siffatta circostanza nulla toglie all'accertata discriminazione. In questa sentenza la Corte di giustizia ha dichiarato:

« Se non tutti i prodotti dello Stato membro in questione sono favoriti rispetto ai prodotti stranieri, tutti quelli che beneficiano del regime preferenziale sono nondimeno prodotti nazionali ».

16. Il fatto che si tratti di una norma discriminante non viene nemmeno sminuito dall'obiezione del governo italiano secondo cui gli aggiudicatari di altri Stati membri di solito affidano senz'altro determinati lavori a imprese con sede nella regione interessata (con la conseguenza che potenziali subappaltatori stabiliti in un altro Stato membro non risulterebbero in definitiva svantaggiati dalla suddetta norma). Anche qualora un'impresa di un altro Stato membro abbia interesse in un caso concreto a non eseguire direttamente determinati lavori, bensì a lasciarne l'esecuzione ad un'impresa terza, non si vede perché, in particolare per lavori in regioni di confine, debba necessariamente essere più conveniente dal punto di vista economico affidare l'incarico ad un'impresa con sede nella regione interessata (dello Stato in cui vanno eseguiti i lavori).

17. Tantomeno mi convince il fatto che il governo italiano si riferisca all'interesse del potenziale subappaltatore proveniente da un altro Stato membro e sostenga che determinati lavori interesserebbero soltanto le imprese favorite dalla norma controversa. Un siffatto interesse dipende anche dal genere e dall'entità dei lavori nonché dalle dimensioni e specializzazione o diversificazione dell'impresa. La circostanza formale che la *sede* dell'impresa si trovi nella regione di cui trattasi non è certamente il solo criterio decisivo.

18. La norma censurata, essendo pertanto discriminatoria, risulta compatibile col Trattato solo se ricade in un'espressa disposizione che deroghi all'art. 59 del Trattato [6]. In tal senso può essere preso in considerazione solo l'art. 56 del Trattato CEE, cui fa riferimento l'art. 66. Nessuna delle eccezioni ivi elencate (ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica) è pertinente nel presente caso. In particolare non sussistono motivi di « ordine pubblico », i quali presuppongono una minaccia effettiva ed abba-

4 — Sentenza 20 marzo 1990, causa C-21/88, Du Pont de Nemours Italiana (Racc. pag. I-889, punti 12 e 13 della motivazione), nonché sentenza 11 luglio 1991, causa C-351/88, Laboratori Bruneau (Racc. pag. 3641), in relazione all'art. 30 del Trattato CEE; sentenza 25 luglio 1991, causa C-356/89, Commissione/Paesi Bassi (Racc. pag. I-4069, punto 25 della motivazione), in relazione all'art. 59.

5 — Vedi nota precedente.

6 — Sentenza 26 aprile 1988, causa 352/85, Bond van Adverteerders/Stato olandese (Racc. pag. 2085, punto 32 della motivazione).

stanza grave per uno degli interessi fondamentali della società [7]. Un obiettivo che corrisponda a questo rigoroso presupposto non ispira né la normativa generale (esecuzione accelerata di appalti pubblici) né l'art. 2, n. 1, della legge (compensazione per svantaggi risultanti dal principio dell'aggiudicazione globale); a prescindere da ciò, non sussistono nemmeno ragioni per cui l'uno o l'altro dei menzionati obiettivi possano essere raggiunti soltanto con l'aiuto della discriminazione qui censurata. L'art. 2, n. 1, della legge n. 80 trasgredisce pertanto l'art. 59 del Trattato CEE; la relativa censura della Commissione è fondata.

19. *II.* La Commissione censura inoltre l'art. 3, n. 3, della legge controversa, che così recita:

« Qualora il numero delle imprese interessate risulti superiore a quindici l'amministrazione o l'ente concedente ha la facoltà di invitare non meno di quindici imprese. Nella scelta delle imprese da invitare sono *preferite* le associazioni temporanee ed i consorzi, in cui siano presenti *imprese* che svolgono la loro prevalente attività *nell'ambito della regione dove si svolgono i lavori* » [8].

20. *1.* Occorre anzitutto rilevare che la censura della Commissione non concerne né l'obbligo di invitare all'aggiudicazione un certo numero di imprese, né la preferenza accordata ad associazioni temporanee o consorzi. La Commissione critica soltanto il fatto che alle associazioni privilegiate debbano appartenere imprese la cui attività si riferisce in prevalenza al menzionato ambito regionale.

21. *2.* Nei limiti in cui la Commissione ritiene che ciò costituisca una trasgressione dell'art. 59 del Trattato CEE, occorre senz'altro concordare con essa. Si tratta di una forma dissimulata di discriminazione, in quanto non ci si riferisce né alla nazionalità né alla sede dell'impresa, ma di fatto le imprese provenienti da altri Stati membri si trovano, a causa del criterio discriminante scelto, in una posizione più sfavorevole di quelle nazionali [9]. Il requisito necessario (svolgimento dell'attività soprattutto nella regione in cui i lavori vengono eseguiti) viene infatti soddisfatto, come la Commissione ha sostenuto, senza essere smentita, molto più spesso da imprese nazionali che non da imprese straniere.

22. La tesi del governo italiano, che imprese di altri Stati membri avrebbero, a parità delle imprese nazionali, la possibilità di accordarsi con le imprese avvantaggiate, non è convincente. A prescindere dal fatto che le possibilità per un'associazione di tal genere con una delle imprese preferite siano ugualmente ripartite tra imprese nazionali e imprese provenienti da altri Stati membri — il che è contestato dalla Commissione — non si può escludere che questa associazione sia commercialmente indesiderabile o inadatta per un'impresa proveniente da un altro Stato membro. Appartiene all'ambito della

7 — Sentenza 27 ottobre 1977, causa 30/77, Bouchereau (Racc. pag. 1999, punto 35 della motivazione).

8 — Il corsivo è mio.

9 — V. in proposito, ad esempio, sentenza 5 dicembre 1989, causa C-3/88, Commissione /Italia (Racc. pag. 4035, punto 8 della motivazione).

libertà imprenditoriale, che proprio l'art. 59 deve tutelare, astenersi da un passo di tal genere. In questa prospettiva va rilevato che tra due imprese interessate — un'impresa *proveniente da un altro Stato membro* ed un'impresa « locale » — che intendono offrire la stessa prestazione per lavori edilizi e che hanno deciso, in base alla propria politica commerciale o per necessità commerciali, di presentarsi da sole o insieme con altre determinate imprese, l'art. 3, n. 3, dà la preferenza all'impresa « locale ». Ritengo pertanto che l'effetto discriminante di questa norma sussista a prescindere dalla questione controversa poc'anzi menzionata.

23. Dal momento che non sussistono giustificazioni ai sensi dell'art. 56 del Trattato CEE, la censura della Commissione relativa all'art. 59 di detto Trattato è fondata.

24. *3.* È anche fondata l'ulteriore censura della Commissione secondo cui il requisito qui preso in considerazione trasgredisce l'art. 22 della direttiva 71/305/CEE.

25. Occorre anzitutto constatare che, dopo la risposta dal governo italiano alla lettera di diffida della Commissione è pacifico tra le parti che i contratti ai sensi della legge n. 80 comprendono prestazioni, che ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva, ricadono nell'ambito di applicazione di quest'ultima; l'applicabilità di questo atto comunitario, e anche su ciò le parti sono d'accordo, non viene pregiudicata dal fatto che oggetto del contratto, così come previsto dalla legge n. 80, possono essere anche prestazioni diverse.

26. Per quanto riguarda la compatibilità dell'art. 3, n. 3, della legge con l'art. 22 della direttiva, la Commissione ritiene che la scelta dei concorrenti, secondo la disciplina della direttiva, possa avvenire *unicamente* « sulla base delle indicazioni fornite ai sensi dell'art. 17, lett. d) ». La questione, se agli Stati membri sia riservata la possibilità di applicare criteri supplementari [10] — ad esempio giustificati da ragioni politico-economiche [11] — va risolta, secondo la Commissione, negativamente. Se questa tesi è esatta, allora sussiste senz'altro la trasgressione dell'art. 22, poiché il criterio di cui all'art. 3, n. 3, della legge non ha nulla a che vedere con le indicazioni ai sensi dell'art. 17, lett. d), della direttiva. Ma anche qualora l'art. 22 implichi che agli Stati membri è riservato un margine discrezionale nel senso poc'anzi indicato, se ne può far uso solo osservando il secondo comma di detta norma. Esso recita:

« Gli Stati membri si assicurano che le amministrazioni aggiudicatrici si rivolgano ai cittadini degli Stati membri che rispondono

10 — A proposito dei citati criteri di cui all'art. 20 della direttiva (da un lato specifica capacità, dall'altro criteri integrativi ai sensi dell'art. 29) la Corte di giustizia ha riconosciuto, certamente con determinati limiti, una siffatta possibilità per criteri supplementari dei citati Stati membri; v. — a proposito di una condizione motivata sotto il profilo sociale-politico — la sentenza 20 settembre 1988, causa 31/87, Beentjes/Stato dei Paesi Bassi (Racc. pag. 4635, punti 28-30 e 36 della motivazione).

11 — Il presente contesto fa piuttosto pensare ad un criterio di preferenza per le piccole e medie imprese.

alle qualificazioni richieste, alle stesse condizioni dei propri cittadini ».

27. Qualora l'art. 22, primo comma, andasse interpretato nel senso che non vieta criteri supplementari di scelta degli Stati membri, allora si dovrebbe ricavare dal suo secondo comma il principio giuridico generale che detti criteri non possono discriminare concorrenti provenienti da altri Stati membri. Anche in questo caso, la norma censurata trasgredisce l'art. 22.

28. Poiché non sussiste nessuna norma derogatoria della direttiva che consenta nel caso di specie la disapplicazione dell'art. 22, l'adozione della normativa controversa era illecita e la censura della Commissione è fondata.

C — Spese

29. Lo Stato membro convenuto è rimasto soccombente rispetto alle due censure ancora rimaste al termine della causa; occorre allora applicare l'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura. Tenuto conto dell'importanza di dette censure (ambedue si riferiscono almeno anche alla trasgressione di una delle libertà fondamentali del Trattato) rispetto alle altre proposte nel ricorso, lo Stato membro convenuto dovrebbe, in quanto soccombente, sopportare senz'altro la metà delle spese.

30. Per quanto riguarda la restante metà occorre applicare l'art. 69, n. 5. Nessuna delle parti ha presentato una particolare richiesta a proposito di questa parte delle spese (benché ne avessero la possibilità nella fase orale); ciascuna parte sopporterà quindi le proprie spese.

Conclusioni

31. Per questi motivi vi propongo la seguente pronuncia:

« 1) Avendo adottato la legge n. 80, relativa a norme straordinarie per l'accelerazione dell'esecuzione di opere pubbliche, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 59 del Trattato CEE nonché della direttiva 71/305/CEE.

2) La Repubblica italiana sopporterà la metà delle spese. Per l'altra metà ciascuna delle parti sopporterà le proprie spese ».