CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
presentate il 27 novembre 2007 [1]

I — Introduzione

1. Il Consiglio di Stato della Repubblica italiana, ai sensi dell'art. 234 CE, chiede alla Corte se l'art 30, n. 4, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori [2], spieghi i suoi effetti oltre la direttiva stessa e disciplini anche l'assegnazione degli appalti che non rientrano nell'ambito di applicazione di questa.

2. La sentenza 27 novembre 2001, cause riunite C-285/99 e C-286/99, Lombardini e Mantovani [3], interpretando tale disposizione, ha considerato «essenziale» che ogni offerente sospettato di aver presentato un'offerta anormalmente bassa faccia valere il suo punto di vista, adducendo le giustificazioni pertinenti (punto 53).

3. Nel presente rinvio pregiudiziale si tenta di chiarire se la detta norma di diritto positivo contenga un principio generale dell'ordinamento comunitario che opera in materia di appalti, indipendentemente dal loro assoggettamento alle direttive di settore [4].

4. L'alto giudice italiano pone la questione in un contesto molto particolare: una normativa nazionale che impone l'esclusione automatica di questo tipo di offerte nelle procedure di aggiudicazione di appalti aventi un valore inferiore a quello indicato nelle direttive, alla quale si aggiunge una prassi secondo cui, in questo tipo di appalti, alcuni offerenti influiscono sullo svolgimento della gara, con

1 — Lingua originale: lo spagnolo.

2 — GU L 199, pag. 54.

3 — Racc. pag. I-9233

4 — Oltre alla direttiva 93/37 in materia di appalti di lavori, si hanno la direttiva del Consiglio 21 dicembre 1976, 77/62/CEE (GU 1977, L 13, pag. 1), successivamente modificata dalla direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE (GU L 199, pag. 1) in materia di forniture. Gli appalti di servizi e il coordinamento delle loro procedure di aggiudicazione erano oggetto della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE (GU L 209, pag. 1). Tali norme [modificate dalla direttiva 97/52/CE (GU L 328, pag. 1)] sono state codificate e riunite in un unico testo: la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114).

lo stratagemma [5] di accordarsi per presentare preventivi simili al fine di provocare una determinata soglia di anomalia e lasciar fuori altri aspiranti.

5. Questo rinvio pregiudiziale riveste, quindi, grande importanza in quanto si riferisce ai principi generali del diritto comunitario, senza tuttavia dimenticare che la soluzione può trovar fondamento unicamente nel sistema giuridico dell'Unione europea. La Corte deve muoversi su entrambi i piani, fornendo all'organo giurisdizionale italiano una risposta utile per dirimere la controversia.

II — Contesto normativo

A — *Diritto comunitario*

6. Gli artt. 43 CE e 49 CE sanciscono, rispettivamente, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi. La direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE [6], con la quale è iniziata l'armonizzazione delle normative degli Stati membri in materia di pubblici appalti, ha assunto come impegno basilare, secondo quanto sottolineato dal suo primo 'considerando', la simultanea realizzazione di quelle due libertà. Tale direttiva, che disciplinava unicamente gli appalti per un importo uguale o superiore ad un milione di unità di conto (ottavo 'considerando'), indicava come criteri di aggiudicazione quello del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 29, n. 1) e prevedeva la possibilità di offerte anormalmente basse, ammettendo la loro esclusione, previa audizione dell'offerente temerario (art. 29, n. 5).

7. Nell'interpretare quest'ultima disposizione, la Corte ha statuito che l'offerta può essere respinta solo dopo aver dato all'imprenditore la possibilità di chiarire la sua proposta, vale a dire a seguito di una verifica in contraddittorio, escludendo quindi le eliminazioni automatiche [7].

5 — Questo tipo di stratagemmi è sempre esistito e Omero, *Odissea,* Ed. Gredos, trad. di José-Manuel Pavón, Madrid, 1993, cita diversi esempi della proverbiale astuzia di Ulisse, come nell'avventura narrata al canto IX, quando l'eroe, prigioniero di Polifemo, lo ubriaca e gli dice di chiamarsi Nessuno; approfittando della sonnolenza provocata dal vino, Ulisse gli infila nell'unico occhio un palo di ulivo incandescente; alle grida di aiuto del ciclope, i suoi simili gli chiedono che stia accadendo, chi lo stia attaccando, al che Polifemo risponde «Nessuno mi uccide con l'inganno», facendosi così sfuggire la possibilità di farli accorrere in sua difesa (verso 408, pag. 239).

6 — Direttiva che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5).

7 — Così interpretato nella sentenza 22 giugno 1989, causa 103/88, Fratelli Costanzo (Racc. pag. 1839, punti 16, 18 e 19), che ha vietato l'esclusione d'ufficio secondo criteri matematici (dispositivo 1), principio ribadito nella sentenza 18 giugno 1991, C-295/89, Donà Alfonso (Racc. pag. I-2967). Vi era inoltre il precedente della sentenza 10 febbraio 1982, causa 76/81, Transporoute (Racc. pag. 417, punto 18).

8. La direttiva 71/305 ha subito varie e successive modifiche [8], circostanza che ne consigliava la codificazione, effettuata, anche per salvaguardare la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi (secondo 'considerando'), dalla direttiva 93/37. Applicabile agli appalti per un importo superiore a 5 milioni di ECU (art. 6, n. 1) e fedele ai criteri di aggiudicazione precedenti (art. 30, n. 1), la direttiva 93/37, riproduce con lievi cambiamenti il testo dell'ex art. 29, n. 5, nell'art. 30, n. 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 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.

(…)».

9. La direttiva 2004/18, che doveva essere recepita dagli Stati membri entro il 31 gennaio 2006 (art. 80, n. 1), ha abrogato la direttiva 93/37 a decorrere dal 31 marzo 2004 (artt. 82 e 83). Nell'aggiudicazione degli appalti di lavori per un importo di almeno EUR 5 278 000 [art. 7, lett. c)] [9], le autorità aggiudicatrici hanno la facoltà di escludere le offerte anormalmente basse, dopo aver effettuato la verifica in contraddittorio (art. 55, nn. 1 e 2).

B — *Normativa italiana*

10. L'art. 30, n. 4, della direttiva 93/37 è stato recepito nel diritto italiano con l'art. 21,

8 — Una di esse ha comportato un nuovo testo per l'art. 29, n. 5, a partire dalla direttiva 18 luglio 1989, 89/440/CEE (GU L 210, pag. 1).

9 — Secondo il testo del regolamento (CE) della Commissione 19 dicembre 2005, n. 2083 (GU L 333, pag. 28).

n. 1 bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, legge quadro in materia di lavori pubblici [10], aggiunto al testo originario dall'art. 7 della legge 2 giugno 1995, n. 216 [11]. Ai sensi di tale norma:

«Nei casi di aggiudicazione di lavori di importo pari o superiore a 5 milioni di ECU con il criterio del prezzo più basso di cui al comma l, l'amministrazione interessata deve valutare l'anomalia delle offerte di cui all'articolo 30 della direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, relativamente a tutte le offerte che presentino un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementato dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media.

A tal fine la pubblica amministrazione prende in considerazione entro il termine di sessanta giorni dalla data di presentazione delle offerte esclusivamente giustificazioni fondate sull'economicità del procedimento di costruzione o delle soluzioni tecniche adottate o sulle condizioni particolarmente favorevoli di cui gode l'offerente, con esclusione, comunque, di giustificazioni relativamente 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.

Le offerte debbono essere corredate, fin dalla loro presentazione, da giustificazioni relativamente alle voci di prezzo più significative, indicate nel bando di gara o nella lettera d'invito, che concorrono a formare un importo non inferiore al 75% di quello posto a base d'asta.

Relativamente ai soli appalti di lavori pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria, l'amministrazione interessata procede all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentino una percentuale di ribasso pari o superiore a quanto stabilito ai sensi del primo periodo del presente comma. La procedura di esclusione automatica non è esercitabile qualora il numero delle offerte valide risulti inferiore a cinque» [12].

10 — *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* (in prosieguo: la «GURI») n. 41, del 19 febbraio 1994, pag. 5.

11 — GURI n. 127, del 2 giugno 1995, pag. 3. Questo testo di legge è il risultato della conversione, con modifiche, del decreto-legge 3 aprile 1995, n. 101, norme urgenti in materia di lavori pubblici (GURI n. 78, del 3 aprile 1995, pag. 8).

12 — Testo introdotto dall'art. 7 della legge 18 novembre 1998, n. 415 (GURI n. 284, del 4 dicembre 1998, supplemento ordinario, pag. 5).

11. Il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 [13] recepisce nell'ordinamento nazionale la direttiva 2004/18. Nelle disposizioni sulle offerte anormalmente basse (artt. 86-88) non compaiono più le ultime due frasi dell'art. 21, n. 1 bis, della legge n. 109/94.

III — Le cause principali

12. Con la delibera 28 gennaio 2003, il Comune di Torino ha deciso di disapplicare pro futuro l'art. 21, n. 1 bis, della legge n. 109/94, per evitare l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse, cosicché nell'aggiudicazione degli appalti comunali, ivi inclusi quelli che non raggiungevano la soglia comunitaria, tali offerte sarebbero state verificate in base al procedimento contraddittorio instaurato dalla direttiva 93/37.

13. Le società italiane SECAP SpA (causa C-147/06) e Santorso Soc. Coop. arl (causa C-148/06) hanno preso parte a gare d'appalto bandite da tale ente territoriale per l'esecuzione di alcuni lavori [14] i cui importi non oltrepassavano la detta soglia. I bandi di gara confermavano il criterio del maggior ribasso, previa verifica delle offerte anomale, senza eliminazione automatica, conformemente alla delibera del 28 gennaio 2003, di quelle anormalmente basse. Le offerte delle dette società sono risultate prime tra le offerte «non anomale», ma, prima di decidere, il Comune ha accertato la serietà delle offerte che apparivano anomale, attribuendo così gli appalti ad altri concorrenti.

14. Entrambe le società hanno proposto ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale del Piemonte sostenendo che l'art. 21, n. 1 bis, della legge n. 109/94 esclude automaticamente le offerte anomale, vietando alle autorità aggiudicatrici di sentirne gli autori e di esaminarle prima di respingerle. L'organo giurisdizionale, non condividendo tale argomento, ha respinto i ricorsi, in quanto, a suo parere, la disposizione autorizza l'eliminazione automatica delle offerte anormalmente basse, ma non l'impone, cosicché nulla impedisce all'amministrazione di sentire gli autori delle stesse e di valutarle.

15. Il Consiglio di Stato, investito delle impugnazioni proposte dalle ricorrenti, ha concordato con la loro tesi e criticato il Tribunale regionale, pur senza restare insensibile alle esigenze del diritto comunitario,

13 — GURI n. 100, del 2 maggio 2006.

14 — Rispettivamente, la trasformazione di una vecchia palazzina in ostello della gioventù (EUR 4 699 999) e la riqualificazione ambientale di corso Francia, tra piazza Statuto e piazza Bernini (EUR 5 172 579).

fatte valere dal Comune di Torino, e quindi, ai sensi dell'art. 234 CE, ha sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se la regola stabilita dal par. 4 dell'art. 30 della Dir. 93/37/CEE, o quella analoga recata dai parr. 1 e 2 dell'art. 55 della Dir. 2004/18/CE (laddove ritenuto quest'ultimo il parametro normativo rilevante), secondo cui, qualora le offerte appaiano anormalmente basse rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice, prima di poterle rifiutare, ha l'obbligo di richiedere, per iscritto, le precisazioni che ritiene utili in merito alla composizione dell'offerta e di verificare detta composizione tenendo conto delle giustificazioni fornite, enunci, o no, un principio fondamentale del diritto comunitario.

2) In caso di risposta negativa al precedente quesito, se la regola stabilita dal par. 4 dell'art. 30 della Dir. 93/37/CEE, o quella analoga recata dai parr. 1 e 2 dell'art. 55 della Dir. 2004/18/CE (laddove ritenuto quest'ultimo il parametro normativo rilevante), secondo cui, qualora le offerte appaiano anormalmente basse rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice, prima di poterle rifiutare, ha l'obbligo di richiedere, per iscritto, le precisazioni che ritiene utili in merito alla composizione dell'offerta e di verificare detta composizione tenendo conto delle giustificazioni fornite, pur non presentando le caratteristiche di un principio fondamentale del diritto comunitario, sia, o no, un corollario implicito o un "principio derivato" del principio di concorrenza, considerato in coordinamento con quelli della trasparenza amministrativa e della non discriminazione in base alla nazionalità, e se, quindi, come tale, esso sia dotato, o no, d'immediata vincolatività e di forza prevalente sulle normative interne eventualmente difformi, dettate dagli Stati membri per disciplinare gli appalti di lavori pubblici esulanti dal campo di diretta applicabilità del diritto comunitario».

IV — Il procedimento dinanzi alla Corte

16. Il presidente della Corte, con ordinanza 10 maggio 2006, ha riunito le cause, in considerazione della loro connessione oggettiva.

17. Le imprese ricorrenti nelle cause principali, il Comune di Torino, i governi italiano, tedesco, austriaco, slovacco, francese, lituano e dei Paesi Bassi, nonché la Commissione, hanno depositato osservazioni scritte, di orientamento diverso, ma che possono

suddividersi in due categorie: quella di coloro che condividono la tesi sostenuta dal Comune di Torino, tra cui si trovano la Lituania, la Slovacchia [15] e la Commissione, e tutti gli altri partecipanti a questo procedimento, che sono in favore di soluzioni negative per le questioni pregiudiziali. All'udienza tenutasi il 25 ottobre 2007, sono comparsi, per esporre oralmente le loro posizioni, i rappresentanti della Santorso Soc. coop. arl, del Comune di Torino, dei governi italiano, tedesco e lituano, nonché della Commissione.

V — Analisi delle questioni pregiudiziali

18. Le due questioni del Consiglio di Stato si riducono, in pratica, ad una sola questione tesa a stabilire se l'art. 30, n. 4, della direttiva 93/37, che assoggetta al contraddittorio le offerte anormalmente basse, prima di decidere riguardo alla loro eventuale esclusione, sia vigente nel caso degli appalti esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva; in altri termini se, per questa categoria di appalti, la detta disposizione osti a che gli Stati membri decretino l'eliminazione automatica di tale tipo di offerte.

19. Occorre quindi esaminare la natura di tale norma per stabilire se rientri nel diritto comunitario primario, andando oltre la direttiva 93/37.

A — *Punto di partenza*

20. L'analisi poggia su solide basi, fermamente ancorate nella giurisprudenza, che ho già esaminato [16]; le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici che, per diverse ragioni (quantitative o concettuali), esulino dall'ambito di applicazione delle direttive in materia non sono sottratte alla disciplina dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, cosicché i principi basilari di questo e, in particolare, le libertà fondamentali di circolazione, si ergono a limiti invalicabili.

21. Quest'idea, cui è data espressione nel secondo 'considerando' della direttiva 2004/18, [17] ha oramai una certa tradi-

15 — Anche se con alcune sfumature relativamente alla posizione della Lituania e del Comune di Torino, dato che, suggerendo di respingere la prima questione pregiudiziale, il governo slovacco rifiuta di scindere la norma di cui all'art. 30, n. 4, della direttiva 93/37 dai principi sanciti dal Trattato, concordando in tal modo con la decisione del Comune.

16 — Conclusioni 8 novembre 2006 nella causa C-412/04, Commissione/Italia, della quale non è ancora stata pronunciata la sentenza (punti 44-47).

17 — «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. (...)».

zione negli annali della Corte [18]. Nella sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria e Telefonadress, [19] la Corte ha statuito che gli enti aggiudicatori sono tenuti al rispetto delle norme del Trattato nell'attribuzione dei contratti esclusi dall'ambito di applicazione delle direttive settoriali (punto 60), [20] principio che è ribadito nella sentenza 18 giugno 2002, causa C-92/00, HI (punto 47), [21] e più recentemente è adottato, con la massima naturalezza, senza riferimento ad alcun precedente, nella sentenza 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname [22] non è disciplinata da nessuna delle direttive con cui il legislatore comunitario ha disciplinato il settore degli appalti pubblici. In mancanza di una disciplina del genere, è alla luce del diritto primario e, più in particolare, delle libertà fondamentali previste dal Trattato che devono essere esaminate le conseguenze di diritto comunitario relative all'affidamento di tali concessioni. Nello stesso senso si sono pronunciate le sentenze 13 ottobre 2005, causa C-458/03, Parking Brixen (Racc. pag. I-8585, punto 46), e 6 aprile 2006, causa C-410/04, ANAV (Racc. pag. I-3303, punto 18).

22. A sua volta, l'ordinanza 3 dicembre 2001, causa C-59/00, Vestergaard, [23] ha sottolineato che il mero fatto che le procedure particolari e rigorose previste dalle direttive non siano adeguate per gli appalti di scarso valore non comporta che questi ultimi siano esclusi dal campo di applicazione del diritto comunitario, giacché anch'essi devono rispettare il Trattato (punti 19-21), [24] qualora presentino un interesse per gli operatori stabiliti in altri Stati membri [25]. La sentenza 20 ottobre 2005, causa C-264/03, Commissione/Francia, [26] ha ribadito questa linea (punto 33).

23. La fissazione di una soglia economica per l'applicazione delle direttive sugli appalti si fonda su una presunzione: che gli appalti di valore ridotto non siano appetibili per gli operatori stabiliti oltre le frontiere nazionali e siano quindi privi di portata comunitaria. Tuttavia tale presunzione, iuris tantum, ammette la prova contraria, cosicché, come sostiene la Commissione nelle sue osservazioni scritte, non può escludersi che un appalto di scarso valore attragga gli imprenditori di altri paesi, in ragione, ad esempio, del luogo di esecuzione, vicino al loro paese o perché sia vantaggioso per la loro strategia commerciale.

18 — Come pure in quelli della Commissione, in particolare nella «Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici» (GU 2006, C 179, pag. 2, in particolare pagg. 5 e 6).

19 — Racc. pag. I-10745.

20 — In questo caso, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/38/CEE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 199, pag. 84), sostituita dalla direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/17/CE (GU L 134, pag. 1).

21 — Racc. pag. I-5553. In realtà, tale sentenza, più che ad un appalto escluso dalla direttiva, si riferiva ad una procedura non prevista nella norma: il Trattato richiedeva che fosse possibile impugnare la decisione di annullare la gara, possibilità non contemplata nella direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU L 395, pag. 33), nella versione modificata dalla direttiva 92/50.

22 — Racc. pag. I-7287. Al punto 16 di tale sentenza si ricorda che l'attribuzione di simile concessione (relativa alla gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas ad una società a prevalente capitale pubblico)

23 — Racc. pag. I-9505.

24 — Tale pronuncia ha considerato contraria all'art. 28 CE una clausola contenuta nel capitolato d'oneri di un appalto di lavori di valore minimo, la quale esigeva, senza ulteriori spiegazioni, l'impiego di prodotti di una certa marca.

25 — Punto 20, a contrario sensu, della sentenza Coname.

26 — Racc. pag. I-8831.

24. Non può negarsi pertanto il carattere convenzionale di tale limite quantitativo, cosicché nulla impedisce che un appalto di importo inferiore attragga l'attenzione in altri Stati membri, introducendo l'elemento che mette in moto l'applicabilità del diritto comunitario e dei suoi obiettivi. Di conseguenza le procedure di aggiudicazione di tali appalti, i quali, nonostante lo scarso interesse, giungono ad avere importanza europea, devono rispettare i principi del Trattato, fermo restando che gli appalti di valore superiore agli importi indicati nelle direttive devono attenersi alle disposizioni di coordinamento più rigorose [27].

25. Una di tali disposizioni, quella contenuta all'art. 30, n. 4, della direttiva 93/37 — applicabile ratione temporis alle cause principali — riproposta nell'art. 55, nn. 1 e 2, della direttiva 2004/18, vieta l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse. Ebbene, il Consiglio di Stato vuole sapere se tale divieto sia una norma fondamentale del diritto comunitario o, perlomeno, un corollario del principio di concorrenza letto insieme al principio di trasparenza amministrativa e al divieto di discriminazione fondata sulla nazionalità, la cui osservanza si impone anche nell'aggiudicazione degli appalti non rientranti nell'ambito di applicazione delle menzionate direttive.

27 — Occorre ricordare la seconda parte del secondo 'considerando' della direttiva 2004/18.

B — *Meno di un principio fondamentale...*

26. Le nozioni di «principio fondamentale» o «norma fondamentale», utilizzate nella giurisprudenza da me citata, hanno un contenuto ben preciso. Non alludono a qualsiasi elemento assiologico latente nel Trattato, e neppure a una qualsiasi misura adottata per conseguirne gli obiettivi; esse si collocano proprio tra questi due estremi, nel testo del diritto primario, là dove il «costituente» comunitario ha indicato le mete che si prefiggeva ed i mezzi principali per conseguirle. Una lettura sommaria degli artt. 2 CE e 3 CE mostra che essi si riferiscono al transito senza limitazioni di persone, merci, servizi e capitali assicurato mediante le corrispondenti libertà di circolazione (artt. 23 CE, 43 CE e 49 CE), alle quali si aggiunge, come valore trasversale al quale è ispirato un progetto di integrazione tra i vari paesi, l'abolizione di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità (art. 12 CE).

27. Questa tesi, analoga a quella del secondo 'considerando' della direttiva 2004/18, si intuisce anche nelle pronunce menzionate. La sentenza Telaustria e Telefonadress si è avvalsa di tale principio di parità di trattamento tra i cittadini di diversi Stati membri (punto 60), la sentenza HI, inoltre, ha fatto riferimento alla libertà di stabilimento e alla

libera prestazione dei servizi (punti 42 e 47); nell'ordinanza Vestergaard si è fatto richiamo quale ratio decidendi all'altra libertà di circolazione, ovvero la libera circolazione delle merci (punto 21); e la sentenza Coname si è nuovamente richiamata agli artt. 43 CE e 49 CE per respingere una discriminazione indiretta fondata sulla nazionalità.

28. A ben vedere, i «principi fondamentali» del Trattato, in grado di sfumare il potere degli Stati membri nelle procedure di aggiudicazione degli appalti che restano esclusi dal coordinamento intrapreso dalle direttive settoriali, coincidono con i principi evocati nei 'considerando' di queste stesse direttive, che sono stati sottolineati dalla Corte.

29. Tale circostanza, peraltro, non deve sorprendere, giacché, come è sottolineato nel secondo 'considerando' della direttiva 2004/18, le disposizioni di quest'ultima discendono da tali principi, in quanto le direttive di cui trattasi perseguono un obiettivo immediato limitato, vale a dire il menzionato coordinamento delle procedure, per creare una concorrenza effettiva nell'ambito degli appalti pubblici [28], per l'attuazione delle libertà fondamentali dell'integrazione europea. Più in particolare, si mira ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione e a proteggere gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro [29].

30. L'altra faccia di quest'immagine lascia intuire che l'impegno è duplice: eliminare il rischio che siano preferiti gli offerenti nazionali (*buy national*) e che l'organo competente all'aggiudicazione si lasci guidare da valutazioni diverse da quelle finanziarie [30] (quindi, il criterio fondamentale dell'aggiudicazione è sempre quello dell'offerta più bassa o economicamente più vantaggiosa).

31. In tale contesto, la prima questione pregiudiziale merita unicamente una soluzione negativa, giacché l'eliminazione automatica, nell'aggiudicare un appalto pubblico di lavori, delle offerte anormalmente basse non rappresenta un principio di base del Trattato, in quanto le menzionate libertà fondamentali e il citato divieto

28 — Sentenza Fratelli Costanzo, punto 18.

29 — Sentenze 10 novembre 1998, causa C-360/96, BFI Holding (Racc. pag. I-6821, punto 41); 3 ottobre 2000, causa C-380/98, University of Cambridge (Racc. pag. I-8035, punto 16), e 1° febbraio 2001, causa C-237/99, Commissione/Francia (Racc. pag. I-939, punto 41).

30 — Sentenze 15 gennaio 1998, causa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria e a. (Racc. pag. I-73, punto 33); BFI Holding, punto 42; University of Cambridge, punto 17, e causa C-237/99, Commissione/Francia, punto 42.

di discriminazione non esigono che in ogni circostanza e con carattere assoluto l'offerente che presenta un'offerta di questo tipo sia sentito prima di poter decidere della sua sorte.

32. E ciò, tra l'altro, perché il principio di effettività, vigente anche nel diritto comunitario in materia di pubblici appalti, impone la sua logica. In definitiva, la gestione degli interessi generali esige tale efficacia, che, talvolta, è in contrasto con il ritmo imposto da una procedura di selezione colma di garanzie [31].

34. Ho già ricordato che la sentenza Lombardini e Mantovani ha definito «essenziale» la procedura di audizione prevista in tale norma [32]. Dietro tale aggettivo si cela la convinzione che la verifica in contraddittorio delle offerte anormalmente basse sia imprescindibile per pervenire ad un'effettiva concorrenza negli appalti pubblici, garantendo le libertà di circolazione, il che comporta, come indico nelle conclusioni in entrambe le cause, la partecipazione dei candidati su una base di uguaglianza, senza alcun timore di discriminazione (paragrafo 25).

C — *... ma più di una norma di diritto sostanziale*

1. I principi impliciti

33. L'art. 30, n. 4, della direttiva 93/37 non rappresenta neppure una misura precauzionale discrezionale del legislatore, anche arbitraria, senza alcun nesso esterno, che avrebbe ben potuto non essere mai esistita.

35. Il divieto di qualunque discriminazione, particolarmente se sia addotta la nazionalità quale pretesto, implica un obbligo di trasparenza, garantendo ad ogni potenziale offerente una pubblicità adeguata affinché il mercato sia aperto alla concorrenza e si controlli l'imparzialità delle procedure di aggiudicazione, secondo quanto statuito nella sentenza 18 novembre 1999, causa C-275/98, Unitron Scandinavia e 3-S (punto 31) [33] e Parking Brixen (punto 49).

31 — Paragrafo 30 delle mie conclusioni del 5 giugno 2001 nella causa conclusasi con la sentenza Lombardini e Mantovani.

32 — La detta sentenza ha sottolineato che, ai sensi della disposizione in questione, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a identificare le offerte sospette, a consentire alle imprese interessate di dimostrarne la serietà, a valutare la pertinenza dei chiarimenti forniti e ad adottare una decisione circa l'accoglimento o il rigetto di tali offerte (punto 55).

33 — Racc. pag. I-8291. Su questa scia si sono poste anche le sentenze Telaustria e Telefonoadress (punti 61 e 62)

36. In questo contesto è legittimo chiedersi, come fa il Consiglio di Stato, se il detto art. 30, n. 4, della direttiva 93/37, pur senza esprimere un principio fondamentale del diritto dell'Unione europea, ne lasci trasparire uno dei corollari irrinunciabili, al quale devono conformarsi gli appalti pubblici, indipendentemente dal fatto che ad essi si applichino le direttive, qualora rivestano interesse comunitario.

37. In altri termini, ci si chiede se, nel caso in cui l'esclusione automatica delle offerte anomale violi tali corollari, la norma controversa debba essere applicata agli appalti che non rientrano nell'ambito della direttiva 93/37.

2. Gli offerenti e la nozione di offerta anormalmente bassa

38. La nozione di offerta anormalmente bassa non è determinata astrattamente, ma si definisce con riferimento all'appalto che deve essere aggiudicato e in rapporto alla prestazione [34] in questione. Essa riunisce quindi le caratteristiche di un concetto giuridico indeterminato, impreciso a priori, ma prevedibile in base alle particolarità dell'oggetto dell'appalto.

39. Questa caratteristica è più marcata nel sistema italiano, che approfondisce la nozione, in considerazione del contenuto dell'appalto e della composizione delle diverse proposte, mediante un meccanismo matematico di fissazione della soglia di anomalia.

40. I partecipanti alla gara che, grazie alla pubblicità, conoscono la prestazione e la sua natura, elaborano i loro progetti in modo riservato, cosicché ciascuno di essi è l'unica persona che conosce il proprio progetto. In generale, tenendo conto del fatto che il sistema premia l'offerta più bassa o quella economicamente più vantaggiosa, si presentano preventivi ridotti al minimo, alla ricerca del prezzo più basso, anche a costo di ridurre l'utile per l'impresa.

41. Pertanto ciascuno assume un identico rischio che la sua offerta, una volta aperte le buste, rientri tra quelle anomale.

42. Tale equilibrio è però rotto quando uno o più concorrenti si avvalgano degli elementi di giudizio pertinenti per incidere sulla determinazione della soglia di anomalia, rompendo così l'imprescindibile uguaglianza.

34 — Paragrafo 32 delle conclusioni Lombardini e Mantovani.

3. Le pratiche collusive nella presentazione delle offerte

43. Il Consiglio di Stato, valutando i fatti esposti dal Comune di Torino, traccia un quadro, che non può essere ignorato dalla Corte, nel quale l'esclusione automatica dei ribassi irragionevoli, ineludibile ai sensi degli ultimi due periodi dell'art. 21, n 1 bis, della legge n. 109/1994, incentiva gli accordi collusivi tra imprese per influire ex ante sul risultato del processo di selezione.

44. Dinanzi a tale quadro, il diritto comunitario non resta ai margini.

45. È evidente che la meccanica eliminazione delle offerte che, ai sensi del primo periodo della detta disposizione, appaiono anormalmente basse non è di per sé discriminatoria, in considerazione della sua oggettività. Nelle conclusioni Lombardini e Mantovani ho ricordato che la normativa italiana introduce un dispositivo aritmetico e automatico di fissazione della soglia di anomalia, adattato perfettamente all'obiettivo della direttiva 93/37, facendo sì che il mercato fissi per ciascun appalto il limite a partire dal quale un'offerta è considerata fuori della norma. Tutti i candidati sono posti su un piede di parità, senza che nessuno goda di vantaggi per preparare la sua proposta (paragrafi 33 e 35). Il fatto di respingere direttamente gli offerenti irregolari, senza dare la possibilità di fornire spiegazioni, non discriminerebbe quindi nessuno.

46. Tuttavia il giudizio cambia se, in seguito a patti illeciti, un gruppo di imprenditori, di regola quelli che operano nel mercato territoriale dell'appalto, si accordi per elaborare preventivi omogenei, con differenze infinitesimali, attribuendo la qualità di anormalmente basse alle offerte dei concorrenti che restano al di fuori di tali accordi, senza possibilità per questi ultimi di difendersi né di dimostrare la serietà della loro offerta.

47. In questo modo sono pregiudicate la trasparenza e la sana concorrenza, postulati del diritto comunitario nel settore degli appalti pubblici, e quindi, allorché coloro che sono danneggiati siano stabiliti in altri Stati membri, essi devono avere la possibilità di presentare osservazioni sulla loro posizione, a meno che non si voglia incorrere in una discriminazione vietata dal Trattato. Il Comune di Torino ha ricordato all'udienza tenutasi nel presente procedimento pregiudiziale che, a seguito della decisione di non applicare la normativa nazionale, si è avuta una riduzione significativa delle offerte presentate con il proposito di alterare la libera concorrenza.

48. In definitiva, i principi citati richiedono che, nell'aggiudicazione degli appalti

a rilevanza comunitaria, l'amministrazione contraente, nel corso di un dibattito in contraddittorio, prenda in considerazione le osservazioni degli imprenditori le cui offerte sono state qualificate come anormalmente basse. Tali principi si oppongono quindi ad una normativa nazionale che per gli appalti di valore inferiore alla soglia prevista dalle direttive di settore, imponga l'esclusione automatica di tali offerte senza un'audizione.

4. Il diritto ad una buona amministrazione

49. Alla precedente dimensione esaminata, oggettiva e astratta, che supera gli interessi individuali degli imprenditori coinvolti in una procedura di selezione, si aggiunge una dimensione soggettiva, nella quale i loro diritti e, in particolare, il divieto di ostacolare il loro diritto di potersi difendere nel procedimento amministrativo acquistano grande rilevanza.

50. Tale divieto di ostacolare il loro diritto di potersi difendere è espressamente accettato nell'ordinamento giuridico di tutti gli Stati membri e fa parte del diritto a una buona amministrazione, che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [35] proclama all'art. 41, nel capo V, dedicato alla cittadinanza. Il n. 2 di tale disposizione riconosce il diritto di ogni persona ad essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio.

51. La Carta, la cui importanza è stata sottolineata dalla Corte in tempi recenti, soprattutto nella sentenza 27 giugno 2006, causa C-540/03, Parlamento/Consiglio, [36] e nella sentenza 8 maggio 2007, causa C-303/05, Advocaten voor de Wereld, [37] esige che l'offerente, prima di essere eliminato, esponga la propria opinione per convincere l'autorità aggiudicatrice della correttezza della sua proposta.

52. Concordo con la Commissione sul fatto che tale diritto, considerato isolatamente, non comporta di sentire sempre l'imprenditore assertivamente temerario, giacché, in linea di principio, egli è già tutelato dall'esame imparziale delle offerte, secondo criteri predeterminati, oggettivi e non discriminatori. Tuttavia un candidato che rischi di essere eliminato a causa della concertazione degli altri si trova in una posizione di svantaggio, aggravata se, per di più, non gli si conferisca la possibilità di esprimersi.

35 — GU 2000, C 364, pag. 1.

36 — Racc. pag. I-5769.

37 — Racc. pag. I-3633. Circa la natura della Carta, si vedano i paragrafi 76-79 delle mie conclusioni in tale causa.

53. Pertanto, il diritto di essere ascoltato dall'amministrazione offre argomenti per respingere un'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse, in quanto, come ho indicato, la nozione di «anormalità» rappresenta un concetto giuridico indeterminato, che viene completato in ciascun caso in funzione delle circostanze particolari.

54. Il diritto a una buona amministrazione sconsiglia quindi di eliminare la verifica in contraddittorio delle offerte prima di pronunciarsi sulla loro pertinenza, anche negli appalti che si situano fuori dell'ambito delle direttive in materia, in quanto comporterebbe una riduzione delle garanzie poste in essere nelle cosiddette direttive «ricorsi» [38].

5. Il margine di manovra degli Stati membri

55. Da tutto quel che ho esposto si evince che il diritto comunitario osta ad una normativa nazionale che impone alle autorità aggiudicatrici l'eliminazione automatica delle offerte anormalmente basse negli appalti pubblici che non sono disciplinati dalle direttive per il coordinamento delle procedure di aggiudicazione; al contrario tale diritto raccomanda di offrire a tali autorità l'occasione di valutare, a seconda delle circostanze di ciascuna fattispecie, l'opportunità di avviare un procedimento di audizione per verificare in contraddittorio la struttura di tali offerte [39].

56. Tuttavia, l'autonomia degli Stati membri li esonera dall'attenersi a quanto stabilito dall'art. 30, n. 4, della direttiva 93/37, consentendo loro di definire i rimedi per tutelare i diritti conferiti dall'ordinamento comunitario ai cittadini, senza altri limiti oltre quelli che discendono dai principi di equivalenza e di effettività: ossia le procedure non possono essere meno favorevoli di quelle previste per la tutela dei diritti che traggono origine dall'ordinamento interno e devono essere organizzate in modo da non rendere praticamente difficile se non impossibile la finalità perseguita [40].

38 — La direttiva 89/665, cit., e la direttiva del Consiglio 25 febbraio 1992, 92/13/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 76, pag. 14).

39 — La sentenza 7 ottobre 2004, causa C-247/02, Sintesi (Racc. pag. I-9215), si è espressa negativamente nei confronti di una normativa nazionale che imponeva agli organi di contrattazione un unico criterio di aggiudicazione per gli appalti pubblici di lavori, privandoli della possibilità di valutare la natura e le caratteristiche peculiari di tali appalti, secondo il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza e a selezionare la migliore offerta (punto 40).

40 — Secondo giurisprudenza costante, della quale la sentenza 16 dicembre 1976, causa 33/76, Rewe (Racc. pag. 1989), costituisce il primo esempio.

VI — Conclusione

57. In considerazione delle riflessioni che precedono, suggerisco alla Corte di risolvere le questioni del Consiglio di Stato della Repubblica italiana dichiarando che:

«I principi di libera concorrenza, di trasparenza amministrativa e il divieto di discriminazione fondata sulla nazionalità, che sono alla base del diritto comunitario degli appalti pubblici, nonché il diritto ad una buona amministrazione, ostano ad una normativa nazionale che, nella procedura di aggiudicazione di appalti pubblici ai quali non si applicano le direttive in materia, impone all'autorità aggiudicatrice di respingere automaticamente le offerte anormalmente basse, senza alcuna possibilità di verifica in contraddittorio».