

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

presentate il 5 giugno 2001¹

I — Introduzione

che escluda le misure e le clausole che possono avere effetti discriminatori³.

1. Il Consiglio di Stato della Repubblica italiana (Sezione Quarta) in sede giurisdizionale, statuendo sugli appelli interposti rispettivamente contro due sentenze del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sottopone alla Corte di giustizia cinque questioni pregiudiziali aventi ad oggetto l'interpretazione dell'art. 30, n. 4, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori² (in prosieguo: la «Direttiva» o la «direttiva 93/37/CEE»).

3. In tale ambito, l'attenzione si concentra in questa occasione sulle offerte anormalmente basse rispetto alla prestazione contrattuale. Più in particolare, sulla procedura per la loro esclusione, come strumento per liberare il cammino verso l'aggiudicazione mediante il rigetto di proposte prive della necessaria solvibilità. Si tratta di rispettare un altro principio presente nel diritto comunitario degli appalti pubblici: il principio di efficacia⁴.

2. La questione che il Consiglio di Stato sottopone alla Corte di giustizia riguarda principi essenziali e irrinunciabili dell'ordinamento comunitario degli appalti pubblici, in merito all'introduzione di criteri obiettivi di partecipazione ai bandi di gara e di aggiudicazione degli appalti pubblici, nell'ambito di una procedura trasparente

3 — Si tratta di principi che sono presenti nelle direttive «classiche» che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, di servizi e di lavori. Per gli appalti di forniture, nella direttiva del Consiglio 21 dicembre 1976, 77/62/CEE (GU 1977, L 13, pag. 1), e nella direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE (GU L 199, pag. 1). Per quanto riguarda l'appalto di servizi, nella direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE (GU L 209, pag. 1). Infine, la pubblicità come strumento di trasparenza amministrativa e il principio di non discriminazione sono contenuti per gli appalti di lavori nella direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE (GU L 185, pag. 5), e, dopo la sua abrogazione, nella direttiva il cui art. 30, n. 4, costituisce oggetto delle questioni pregiudiziali che adesso richiamano la mia attenzione.

La proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, di servizi e di lavori (GU 2001, C 29 E, pag. 11; in prosieguo: la «proposta di direttiva»), che intende codificare le tre direttive «classiche» e fonderle in un unico testo, rimane fedele ai principi di parità di trattamento e di trasparenza (v. secondo «considerando»).

4 — Il principio di efficacia, in senso ampio, si riscontra nel diciannovesimo, ventitreesimo e venticinquesimo «considerando» della proposta di direttiva menzionata nella nota precedente. Si intravede anche in alcuni articoli della direttiva 93/37 (v., ad esempio, gli artt. 4, 7 e 14).

1 — Lingua originale: lo spagnolo.

2 — GU L 199, pag. 54.

4. Relativamente a questa categoria di offerte, il Consiglio di Stato fa valere i suoi dubbi circa la compatibilità con l'art. 30, n. 4, della Direttiva:

- 1) dell'introduzione di un meccanismo automatico di fissazione del limite a partire dal quale un'offerta è considerata anormalmente bassa, tale da impedire agli offerenti di conoscerlo prima di presentare le loro offerte;
- 2) dell'esclusione *a limine* delle offerte alle quali non è allegata la giustificazione del prezzo per un valore pari ad almeno il 75% dell'importo posto a base d'asta e del fatto che sono ammesse solo determinate giustificazioni, respingendo quelle relative ad elementi i cui valori minimi sono rilevabili da listini ufficiali;
- 3) della previsione di una procedura in cui, dopo che sono state aperte le buste e prima che sia adottato il provvedimento di esclusione, le imprese che abbiano presentato offerte anomale non hanno la possibilità di far valere le loro ragioni e di chiarire la loro posizione.

II — Ambito normativo

1. La normativa comunitaria

5. La direttiva 71/305, con la quale si è avviato il coordinamento delle normative degli Stati membri in materia di appalti pubblici, ha assunto come principale impegno la realizzazione simultanea della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi in materia di appalti pubblici di lavori⁵. Questa direttiva teneva già presente l'eventualità che fossero presentate offerte anormalmente basse e, all'art. 29, n. 5, prevedeva l'eventualità che fossero respinte.

6. La direttiva 71/305 subiva varie e successive modifiche⁶, il che ne rendevano opportuna la codificazione, alla quale si è preceduto con la direttiva 93/37⁷. Al n. 4 dell'art. 30, il nuovo testo normativo si è limitato a riprodurre, con lievi modifiche, il testo dell'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305, così come era rimasto dopo la modifica del 1989. Tale art. 30, n. 4, recita:

«Se, per un determinato appalto, delle offerte appaiono anormalmente basse

5 — V. primo 'considerando'.

6 — Una di esse ha riguardato, tra l'altro, l'art. 29, n. 5, che ha ricevuto una nuova formulazione con la direttiva 18 luglio 1989, 89/440/CEE (GU L 210, pag. 1).

7 — V. il primo 'considerando'.

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'art. 21, comma 1 *bis*, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, legge quadro in materia di lavori pubblici⁸, aggiunto al suo testo originario dall'art. 7 della legge 2 giugno 1995, n. 216⁹. Secondo questa disposizione:

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.

«Nei casi di aggiudicazione di lavori pari o superiori a 5 milioni di ECU con il criterio del prezzo più basso di cui al comma 1, l'amministrazione interessata deve valutare l'anomalia delle offerte di cui all'art. 30 della direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, relativamente a tutte le offerte che presentino un ribasso superiore alla percentuale fissata entro il 1° gennaio di ogni anno con decreto del Ministro dei lavori pubblici, sentito l'Osservatorio, sulla base dell'andamento delle offerte ammesse alle gare espletate nell'anno precedente.

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.

A tal fine la pubblica amministrazione può prendere in considerazione 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 minimi

(...».

2. La normativa italiana

7. L'art. 30, n. 4, della Direttiva è stato recepito nell'ordinamento italiano con

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

9 — GURI n. 127 del 2 giugno 1995, pag. 3. Questa norma legislativa costituisce il risultato della conversione in legge, con modifiche, del decreto legge 3 aprile 1995, n. 101, recante norme urgenti in materia di lavori pubblici (GURI n. 78 del 3 aprile 1995, pag. 8).

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.

emanati ai sensi dell'art. 21, comma 1 *bis*, della legge n. 109/1994, rispettivamente per gli anni 1997 e 1998, il *Ministro dei Lavori pubblici* ha stabilito la percentuale a partire dalla quale l'amministrazione aggiudicatrice è obbligata a sottoporre a verifica le offerte anomale «(...) nella misura pari alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media».

(...)»¹⁰.

III — Fatti e cause principali

8. Con i decreti ministeriali 28 aprile 1997¹¹ e 18 dicembre 1997¹², entrambi

10 — La norma riportata è stata modificata dall'art. 7 della legge 18 novembre 1998, n. 415 (GURI n. 284 del 4 dicembre 1998, Supplemento ordinario, pag. 5). In seguito a questa nuova modifica, che non si applica *ratione temporis* alla presente fattispecie, il testo dell'art. 21, comma 1 *bis*, della legge n. 109/1994 così recita: «Nei casi di aggiudicazione di lavori pari o superiori a 5 milioni di ECU con il criterio del prezzo più basso di cui al comma 1, l'amministrazione interessata deve valutare l'anomalia delle offerte di cui all'art. 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, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media* [il corsivo indica le diversità rispetto alla precedente formulazione]. A tal fine la pubblica amministrazione può prendere in considerazione 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 (...)».

11 — GURI n. 105 dell'8 maggio 1997, pag. 28.

12 — GURI n. 1 del 2 gennaio 1998, pag. 26.

1. Procedimento C-285/99

9. L'Ente Nazionale per le Strade (in prosieguo: l'«ANAS») ha indetto una gara per l'aggiudicazione, mediante procedura ristretta, dei lavori denominati «RM 87/97 — Autostrada del GRA — lotto 19 — adeguamento a tre corsie per ogni senso di marcia dal km 43,280 al Km 46,500».

10. L'associazione temporanea d'imprese costituita da Lombardini SpA — Impresa

Generale di Costruzioni (in prosieguo: la «Lombardini»), Collini — Impresa di Costruzioni SpA e Trevi SpA è stata invitata a partecipare alla gara con lettera 15 ottobre 1997, n. 1723. Per quanto qui rilevante e secondo quanto stabilito dall'art. 21, comma 1 *bis*, della legge n. 109/1994, la lettera d'invito conteneva le seguenti precisazioni:

A. L'obbligo dei candidati di presentare, a corredo dell'offerta, giustificazioni relative alle voci di prezzo più significative equivalenti al 75% dell'importo posto a base d'asta. I chiarimenti dovevano essere redatti secondo gli schemi allegati alla lettera d'invito e dovevano essere inclusi nella busta contenente la documentazione amministrativa da presentare.

B. L'obbligo di inserire, in una busta separata, la documentazione necessaria per la verifica dei dati inseriti nell'analisi giustificativa dell'offerta. Questa busta sarebbe stata aperta ed il suo contenuto sarebbe stato esaminato solo se l'offerta superava la soglia aritmetica di anomalia.

C. L'avvertenza che l'inadempimento di uno qualsiasi degli obblighi precedenti avrebbe comportato il rigetto delle offerte.

D. I criteri in base ai quali si sarebbe proceduto a verificare l'anomalia delle offerte.

11. L'offerta della Lombardini ha ricevuto la qualifica di anormalmente bassa¹³, per cui si è proceduto all'apertura delle buste che contenevano la documentazione giustificativa. Dopo essere stata analizzata, l'offerta è stata respinta e l'appalto è stato aggiudicato alla Società Italiana per Condotte d'Acqua.

12. Immediatamente la Lombardini ha impugnato dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio il bando di gara, la lettera d'invito, la sua esclusione e l'aggiudicazione dell'appalto. Queste domande sono state respinte dal menzionato Tribunale, per cui è stato interposto appello facendo valere tra gli altri motivi l'«errata e falsa interpretazione dell'art. 30 della direttiva 93/37»¹⁴.

2. Procedimento C-286/99

13. Al fine di eseguire il secondo lotto dei lavori di costruzione della variante Ber-

13 — La soglia di anomalia è stata fissata al 28,004%, mentre il ribasso offerto dalla Lombardini raggiungeva il 29,88%.

14 — Terzo paragrafo del capitolo «Fatti» dell'ordinanza di rinvio.

gamo/Zanica della strada provinciale n. 115, l'ANAS ha pubblicato il bando di gara per l'aggiudicazione, mediante procedura ristretta, del corrispondente appalto.

14. La Mantovani SpA (in prosieguo: la «Mantovani»), in associazione temporanea con un'altra impresa, è stata invitata a partecipare alla gara con una lettera nella quale si precisava che l'aggiudicazione si sarebbe svolta in conformità all'art. 21, comma 1 *bis*, della legge n. 109/1994 nella formulazione di cui all'art. 7 della legge n. 216/1995, e che l'anomalia delle offerte sarebbe stata valutata, ai sensi dell'art. 30, n. 4, della Direttiva, secondo i criteri indicati nel decreto ministeriale 28 aprile 1997. La lettera d'invito conteneva obblighi per gli offerenti e avvertenze di esclusione analoghi a quelli che ho esposto precedentemente nel descrivere i fatti che si trovano alla base del procedimento C-285/99.

15. La Mantovani ha offerto un ribasso superiore alla soglia di anomalia¹⁵, per cui la sua candidatura è stata considerata anomala. L'offerta, dopo essere stata esaminata unitamente alle relative giustificazioni ed ai dati presentati per l'analisi, è stata dichiarata inammissibile. L'appalto è stato aggiudicato all'associazione temporanea d'impresе Bregoli/Roda.

15 — Questa soglia è stata fissata al 40,865% e la Mantovani offriva un ribasso del 41,460%.

16. Non condividendo l'inammissibilità della sua offerta, la Mantovani ha presentato ricorso contro il bando di gara, la lettera d'invito, la decisione di escluderla dall'aggiudicazione e l'aggiudicazione propriamente detta. Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha respinto il ricorso con sentenza 26 giugno 1998, n. 1498.

17. La Mantovani ha interposto appello, facendo valere la violazione dell'art. 30, n. 4, della Direttiva «in quanto il meccanismo di verifica dell'attendibilità delle offerte (...) violerebbe i principi comunitari che inibiscono di far luogo ad un'esclusione automatica» e per «(...) difettosa instaurazione del contraddittorio successivamente all'accertamento dell'anomalia dell'offerta»¹⁶.

IV — Questioni pregiudiziali

18. Il Consiglio di Stato ritiene che per la soluzione di entrambi i ricorsi in appello si debba determinare la portata esatta dell'art. 30, n. 4, della Direttiva nella parte in cui si riferisce alla procedura di verifica delle offerte anomale, per cui sottopone alla Corte di giustizia le seguenti questioni:

«1) Se osta all'applicazione dell'art. 30, n. 4, della direttiva 93/37 la previsione

16 — Capitolo II dell'ordinanza di rinvio.

di clausole di bandi di gara per appalti pubblici, che impediscano la partecipazione di imprese che non abbiano corredato le proprie offerte con giustificazioni del prezzo indicato, pari ad almeno il 75% del valore richiesto a base d'asta.

che l'amministrazione aggiudicatrice possa prendere in considerazione giustificazioni riguardanti esclusivamente: l'economia del procedimento di costruzione o le soluzioni tecniche adottate o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente.

2) Se osta all'applicazione dell'art. 30, n. 4, della direttiva 93/37 la previsione di un meccanismo di rilievo automatico della soglia di anomalia delle offerte da sottoporre a verifica di congruità, fondato su un criterio casistico ed una media aritmetica, tale da non consentire agli imprenditori di conoscere preventivamente tale soglia.

5) Se osta all'applicazione dell'art. 30, n. 4, della direttiva 93/37 l'esclusione di giustificazioni relative ad elementi i cui valori minimi sono rilevabili da listini ufficiali».

3) Se osta all'applicazione dell'art. 30, n. 4, della direttiva 93/37 la previsione di un contraddittorio anticipato, senza che l'impresa cui è ascritta la presentazione di un'offerta anomala abbia la possibilità di far valere le sue ragioni, dopo l'apertura delle buste e prima dell'adozione del provvedimento di esclusione.

V — Procedimento dinanzi alla Corte di giustizia

19. Il presidente della Corte, con ordinanza 14 settembre 1999, ha deciso di riunire i due procedimenti data l'obiettivo connessione esistente.

4) Se osta all'applicazione dell'art. 30, n. 4, della direttiva 93/37 la previsione

20. Hanno presentato osservazioni scritte, entro il termine stabilito al riguardo dall'art. 20 dello Statuto CE della Corte di giustizia, la Commissione, i governi italiano e austriaco, le ricorrenti nelle cause

principali, Lombardini e Mantovani, e Coopsette, interessata nella controversia promossa dalla seconda delle due società menzionate.

3) Inesistenza di un procedimento di audizione delle imprese le cui offerte risultino anormalmente basse, prima di escluderle. È la terza questione dell'ordinanza di rinvio.

21. All'udienza, che si è svolta il 3 maggio 2001, tutte le parti, ad eccezione del governo austriaco, sono comparse per presentare le loro osservazioni orali.

23. La mia esposizione si baserà sullo schema di cui sopra, però prima occorre dare uno sguardo, anche se molto rapidamente, ai principi che, nel diritto comunitario, sono alla base della selezione dell'aggiudicatario negli appalti pubblici, per meglio comprendere la norma contenuta nell'art. 30, n. 4, della Direttiva.

VI — Esame delle questioni pregiudiziali

22. Le cinque questioni sottoposte dal Consiglio di Stato si possono schematizzare nel modo che ho indicato al paragrafo 4 di queste conclusioni e riunire in tre gruppi:

1. *I principi che sono alla base della scelta dell'imprenditore*

1) Fissazione automatica della soglia di anomalia. Si tratta della seconda questione.

24. Le direttive in materia di appalti pubblici, ciascuna entro il suo ambito specifico, hanno come scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti pubblici¹⁷, mediante la realizza-

2) Giustificazioni del prezzo offerto e loro natura. Sono le questioni prima, quarta e quinta.

¹⁷ — V. sentenza 22 giugno 1989, causa 103/88, Fratelli Costanzo (Racc. pag. 1839), punto 18 *in fine* (in prosieguo: la «sentenza Fratelli Costanzo»).

zione di tre libertà fondamentali nell'integrazione europea (la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione di servizi)¹⁸. Esse cercano di dare seguito al mandato che il legislatore comunitario ha plasmato negli artt. 9, 52 e 59 del Trattato CE (divenuti, in seguito a modifica, artt. 23 CE, 43 CE e 49 CE).

25. La realizzazione di questo mandato e il perseguimento dell'obiettivo succitato possono essere effettivi solo se coloro che intendono accedere agli appalti pubblici possono farlo su una base di uguaglianza, senza alcun timore di discriminazione¹⁹; a tal fine risulta imprescindibile un sistema caratterizzato dall'obiettività sia sul piano sostanziale che su quello formale. Sul primo, fissando criteri obiettivi di partecipazione alle gare e di aggiudicazione degli appalti²⁰, sul secondo, prevedendo procedure trasparenti nelle quali la pubblicità sia la norma²¹.

26. I criteri di partecipazione o di selezione qualitativa si riferiscono all'idoneità dei candidati, alla loro capacità ed esperienza, sia professionale sia economica e tecnica. L'esclusione di qualsiasi effetto discriminatorio si ottiene predeterminando in ogni caso, nell'ambito delimitato dalla norma, le regole che sono alla base del procedimento ed i livelli di capacità e di esperienza richiesti²².

27. Una volta che, mediante l'applicazione delle norme sulla partecipazione, sono stati selezionati gli offerenti che possono aspirare all'aggiudicazione dell'appalto, anche questa si attiene a parametri di valutazione obiettivi, ora quello del prezzo più basso, ora quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Se si fa ricorso al secondo, l'amministrazione aggiudicatrice deve fissare in anticipo i criteri di selezione precisandone la rispettiva rilevanza nel capitolo d'oneri o nel bando di gara²³.

28. Come si vede, il sistema mira a che nulla sia lasciato al caso o all'arbitrio di chi deve prendere la decisione sull'aggiudica-

18 — Per l'appalto di lavori, v. il primo 'considerando' della direttiva 71/305 ed il secondo della direttiva 93/37. V. anche il secondo 'considerando' della proposta di direttiva.

19 — Il che, d'altra parte, comporta l'apertura dei mercati nazionali degli appalti pubblici, che costituisce anch'essa un requisito del Trattato CE (v. art. 130 F, n. 2, divenuto art. 163 CE), in questo caso nell'ambito della ricerca e dello sviluppo tecnologico.

20 — La distinzione tra criteri di partecipazione e criteri di aggiudicazione è stata messa in chiaro dall'avvocato generale Darmon nelle conclusioni che ha presentato per il procedimento nel quale è stata pronunciata la sentenza 20 settembre 1988, causa 31/87, Beentjes (Racc. pag. 4635). Con riferimento alla direttiva 71/305 ha fatto presente che quest'ultima «distingue nettamente i criteri di accertamento dell'idoneità, che riguardano le qualità dell'imprenditore, da quelli di aggiudicazione dell'appalto, relativi alle qualità della prestazione da lui offerta, del lavoro che egli intende eseguire» (paragrafo 36). Questa distinzione è presente anche nella proposta di direttiva ('considerando' 27-29).

21 — V. paragrafo 2, nonché nota 2. V. anche i 'considerando' 27-30 della proposta di direttiva.

22 — V. gli artt. 18 e ss. della direttiva 71/305 e 44 e ss. della proposta di direttiva.

23 — V. art. 30, nn. 1 e 2, della Direttiva, nonché l'art. 53, nn. 1 e 2, della proposta di direttiva. I criteri per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa devono essere in relazione con l'oggetto dell'appalto e possono riguardare la qualità, il prezzo, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, le caratteristiche ambientali, il costo di gestione, la redditività, il servizio di assistenza ai clienti e l'assistenza tecnica, la data di consegna e il termine di consegna o di esecuzione [art. 53, n. 1, lett. b), della proposta di direttiva].

zione dell'appalto. L'uguaglianza che deve essere alla base degli appalti pubblici richiede che coloro che aspirano ad un appalto di tale natura sappiano in anticipo ciò che devono fare per ottenerlo, in modo che l'amministrazione aggiudicatrice si limiti, con il margine di valutazione che attiene alla discrezionalità tecnica, ad applicare i parametri stabiliti nella norma, sia quella che disciplina in generale gli appalti pubblici sia quella che riguarda in particolare un appalto specifico, cioè il capitolato d'oneri o il bando di gara²⁴.

29. Affinché questa uguaglianza sia effettiva e la discriminazione rimanga realmente fuori dall'iter amministrativo, non è sufficiente porre criteri obiettivi di partecipazione e di aggiudicazione, ma occorre anche che la loro applicazione sia basata sulla pubblicità, e ciò a partire dal bando di gara, passando dai capitolati d'oneri sino alla fase di selezione propriamente detta, sia nelle procedure aperte sia in quelle ristrette²⁵.

24 — Questo è il motivo per cui nella proposta di direttiva si stabilisce che nessuno può essere escluso dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto sulla base di criteri di selezione o di livelli di capacità e di esperienza diversi da quelli precisati nel bando di gara (art. 44, n. 3) e, all'inverso, che nessuno può essere selezionato se non soddisfa tali criteri (art. 44, n. 5).

25 — V. gli artt. 11 e corrispettivi della Direttiva e artt. 34 e corrispettivi della proposta di direttiva. Quest'ultima stabilisce all'art. 41, ampliando quanto già si riscontrava nell'art. 8 della Direttiva, che le amministrazioni aggiudicatrici informano i candidati circa le decisioni relative all'aggiudicazione dell'appalto, in particolare circa quelle che escludono la loro candidatura, indicando i relativi motivi. Esse devono anche comunicare a tutti coloro che hanno presentato un'offerta ricevibile le caratteristiche e i vantaggi relativi dell'offerta selezionata ed il nome dell'aggiudicatario. Allo stesso modo devono essere pubblici i motivi dell'eventuale rinuncia ad aggiudicare un appalto o del rinvio della procedura.

30. Questi principi devono essere applicati senza dimenticare che gli appalti pubblici costituiscono un modo di gestione degli interessi pubblici, nel quale le amministrazioni invitano i singoli — siano persone fisiche o giuridiche — a collaborare alla realizzazione degli obiettivi ad esse demandati, i quali, in ogni caso, richiedono una risposta efficace. Tale efficacia, in alcune occasioni, è in contrasto con il ritmo imposto da una procedura di selezione garantita. Questo è il motivo per cui la Direttiva esclude alcuni appalti dal suo ambito di applicazione, eccettua per determinate ipotesi le procedure di aggiudicazione ordinarie e, talvolta, riduce a volte i termini²⁶.

2. L'art. 30, n. 4, della Direttiva

31. Questa disposizione si colloca tra le norme di aggiudicazione dell'appalto e, al fine di sgomberare il cammino, autorizza a respingere le offerte considerate anormalmente basse rispetto alla prestazione. Il rigetto, però, non può essere automatico, in quanto la norma comunitaria richiede all'amministrazione aggiudicatrice: 1) prima di adottare la sua decisione, di dare all'offerente la possibilità di fornire chiarimenti sulla composizione della sua offerta, chiedendogli le precisazioni che ritiene utili,

26 — V., ad esempio, gli artt. 4, 7 e 14.

e 2) a tal fine, di prendere in considerazione le giustificazioni che le sono state presentate, soprattutto quelle riguardanti l'economia del procedimento di costruzione, le soluzioni tecniche adottate, le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori e l'originalità del progetto.

32. Da quanto precede derivano tre conseguenze:

1^a. La nozione di offerta anormalmente bassa non è una nozione astratta, anzi si definisce con riferimento all'appalto che deve essere aggiudicato e in rapporto alla prestazione.

2^a. L'amministrazione aggiudicatrice deve esaminare le offerte che ritiene anormalmente basse²⁷ al fine di procedere al loro rigetto.

3^a. La decisione di esclusione può essere adottata solo dopo aver dato all'offerente

la possibilità di chiarire la sua offerta, ossia dopo aver applicato una procedura di verifica in contraddittorio²⁸.

3. La fissazione automatica della soglia di anomalia

33. Come si è visto, la normativa italiana stabilisce un meccanismo matematico, e quindi automatico, di fissazione della soglia di anomalia. Esso consiste in una percentuale che il Ministero dei Lavori pubblici determina il 1° gennaio di ogni anno. Per gli anni 1997 e 1998, avendo riconosciuto l'impossibilità di fissare una soglia unica per l'intero territorio nazionale, detto Ministero ha fatto ricorso ad un criterio casistico, variabile per ogni singolo appalto, consistente in una «(...) misura pari alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media». L'amministrazione aggiudicatrice è obbligata²⁹ a sottoporre a verifica tutte le offerte che superano tale soglia³⁰.

27 — La versione spagnola della direttiva 71/305, anche nella sua formulazione del 1989, parlava di «ofertas que manifesten un carácter anormalmente bajo» (nella versione francese si poteva leggere «(...) des offres présentant manifestement un caractère anormalment bas (...)»). La direttiva 93/37 fa riferimento, invece, alle offerte che appaiono anormalmente basse. Questa differenza di formulazione dissolve a mio parere i dubbi interpretativi che presentava il testo del 1975, il quale ha obbligato la Corte di giustizia a precisare, nella sentenza Fratelli Costanzo, che la disposizione sottoposta alla sua interpretazione si riferiva ad offerte anormalmente basse e non solo a quelle che manifestamente rivestono tale carattere.

28 — Così ha dichiarato la Corte di giustizia nella sentenza Fratelli Costanzo (punti 16, 18 e 19), e tale tesi è stata successivamente ribadita nella sentenza 18 giugno 1991, causa C-295/89, Donà Alfonso (Racc. pag. I-2967). Vi era già un precedente costituito dalla sentenza 10 febbraio 1982, causa 76/81, Transporoute (Racc. pag. 417; in prosieguo: la «sentenza Transporoute»). Nella sentenza 16 ottobre 1997, causa C-304/96, Hera (Racc. pag. I-5685), la Corte ha precisato che la procedura di verifica prevista dall'art. 30, n. 4, della Direttiva doveva essere applicata, senza eccezioni, a decorrere dal 31 dicembre 1992. Essa ha esteso alla direttiva del 1993 quanto la Corte stessa aveva già stabilito per la direttiva del 1971, nella formulazione del 1989, mediante la sentenza 26 ottobre 1995, causa C-143/94, Furlanis (Racc. pag. I-3633).

29 — Secondo la sentenza Fratelli Costanzo, la determinazione di questo obbligo è compatibile con la Direttiva.

30 — V. i precedenti paragrafi 7 e 8.

34. Un meccanismo come quello sopra descritto si adatta ai requisiti che pone l'art. 30, n. 4, della direttiva ed ai principi che sono alla base della scelta dell'aggiudicatario.

35. Ho fatto presente che, conformemente alla menzionata disposizione, la nozione di offerta anormalmente bassa è una nozione molto precisa, che deve essere determinata per ogni appalto in funzione dell'oggetto specifico che costituisce la sua prestazione. Inoltre, a mio parere, si adatta perfettamente al disegno della Direttiva una soglia di anomalia in riferimento ad una misura che si ottiene dalle offerte presentate in una gara, offerte che, per definizione, sono elaborate in considerazione dell'oggetto dell'appalto. Il sistema consente che, così come ha fatto presente all'udienza il rappresentante della Mantovani, sia il mercato a stabilire per ogni appalto il limite a partire dal quale un'offerta può essere considerata fuori dalla norma. Inoltre, data l'obiettività del criterio, tutti i candidati rimangono collocati su un piede di parità. Nessuno usufruisce di un vantaggio rispetto agli altri per elaborare la propria offerta.

36. In compenso però, ne soffre la trasparenza. Coloro che desiderano partecipare all'aggiudicazione di un appalto non conoscono, al momento di elaborare la loro offerta, la soglia a partire dalla quale questa può essere qualificata come anormalmente bassa. Inoltre questa soglia è ignorata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice. Questa conseguenza, però, è il tributo che si deve pagare affinché l'anormalità delle offerte sia una nozione giuridica a priori indeterminata, ma perfettamente determinabile in relazione ad ogni

appalto in particolare, come richiesto dall'art. 30, n. 4, della Direttiva.

37. È vero che questo aspetto, unito all'obbligo di presentare giustificazioni del prezzo con le offerte e all'esclusione, previa verifica e senza audizione, di quelle che risultino anormalmente basse, può essere incompatibile con i requisiti della Direttiva. Tuttavia, tale conseguenza non è imputabile *di per sé* al meccanismo di fissazione della soglia di anomalia, ma all'imposizione di detto obbligo o all'applicazione di questa esclusione.

38. È anche certo che nella sentenza Fratelli Costanzo la Corte di giustizia ha dichiarato che la Direttiva³¹ vieta meccanismi automatici di esclusione, ma l'automatismo rifiutato dalla Corte è quello dell'esclusione senza una procedura di verifica in contraddittorio, non quello del calcolo della soglia di anomalia mediante criteri matematici³².

39. Sulla base delle considerazioni che precedono propongo alla Corte di giustizia di risolvere la seconda questione proposta dal Consiglio di Stato nel senso che l'art. 30, n. 4, della Direttiva non osta ad un meccanismo matematico di fissazione della soglia di anomalia tale da non consentire agli offerenti di conoscerla prima della presentazione delle offerte.

31 — La sentenza fa riferimento all'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305.

32 — V. punto 19 della sentenza.

4. *La giustificazione del prezzo offerto*

A — Le giustificazioni che devono essere presentate con l'offerta

40. I principi cui deve adeguarsi la selezione negli appalti pubblici, e che, a fini puramente descrittivi, ho esposto poco sopra, consentono di affermare che nulla nella Direttiva, in generale, né nell'art. 30, n. 4, in particolare impedisce di richiedere che, pena di esclusione, l'offerta sia accompagnata dalla giustificazione di almeno il 75% del prezzo posto a base d'asta. Si tratta di un requisito obiettivo che tutti i concorrenti devono soddisfare.

41. La menzionata norma comunitaria non richiede che coloro che aspirano ad ottenere un appalto chiariscano in anticipo la composizione e il contenuto della loro offerta, ma nemmeno lo impedisce. Una disposizione del genere non annulla la parità di condizioni da cui devono partire coloro che concorrono all'appalto. Tutti, senza eccezione, devono allegare all'offerta chiarimenti sugli elementi più rilevanti del prezzo, pari al 75% dell'importo posto a base d'asta, e aggiungere, in busta separata e sigillata, la documentazione precisa per verificare i dati su cui li basano.

42. In tal modo si snellisce la procedura di selezione e quindi si incrementa l'efficacia

che, come già ho rilevato, è un requisito derivante anch'esso dall'ordinamento comunitario degli appalti pubblici. Una volta che, applicando il meccanismo esposto sopra, un'offerta è considerata anormalmente bassa, l'amministrazione aggiudicatrice può procedere, senza ulteriore dilazione, a verificare il contenuto e ad analizzare le giustificazioni presentate, senza dover attendere che siano prodotte dal loro autore, il quale potrà fornire spiegazioni aggiuntive nell'audizione, che deve essergli assolutamente concessa prima che la sua proposta sia respinta.

Infatti, può accadere che, di fronte alla documentazione presentata unitamente all'offerta e ai chiarimenti forniti in tale occasione, l'amministrazione aggiudicatrice decida di ammetterla³³. La gara può proseguire senza il ritardo che si produrrebbe qualora, non essendo stata presentata ab initio alcuna documentazione giustificativa, fosse necessaria l'audizione del concorrente per consentirgli di presentarla.

43. Propongo quindi alla Corte di giustizia di risolvere la prima questione sottoposta dal Consiglio di Stato nel senso che l'art. 30, n. 4, della Direttiva non osta a

33 — Infatti la qualificazione di un'offerta come anormalmente bassa non comporta la sua automatica esclusione. Una volta che sono state analizzate le giustificazioni presentate e la documentazione su cui si basano, l'amministrazione aggiudicatrice può decidere che l'offerta, nonostante quella qualificazione, venga ammessa. Non avrebbe senso la norma dell'art. 30, n. 4, della Direttiva se, in ogni caso e qualunque siano i chiarimenti dell'offerente, la sua offerta anormalmente bassa sia respinta.

che, nel bando di gara, venga inserita una clausola in base alla quale escludere le imprese che non abbiano corredato le proprie offerte di giustificazioni del prezzo proposto per un valore almeno pari al 75% del prezzo posto a base d'asta³⁴.

B — La natura delle giustificazioni

44. L'art. 30, n. 4, della Direttiva prevede, nel secondo comma, che, per analizzare le offerte anormalmente basse, l'amministrazione aggiudicatrice può prendere in considerazione le giustificazioni riguardanti l'economia del procedimento di costruzione, le soluzioni tecniche adottate nel progetto, la sua originalità o, infine, le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente.

34 — Questione distinta, e alla quale non si riferisce nessuna delle domande oggetto di questa questione pregiudiziale, è quella consistente nel fatto che, in pratica (v. paragrafo 10, lett. B, di queste conclusioni) si richiede, inoltre, la presentazione in busta chiusa dei documenti che servono per verificare i dati che si inseriscono nella giustificazione e che tale busta viene aperta solo se l'offerta rimane al di sopra della soglia di anomalia ed è qualificata come anormalmente bassa. In via di principio non vi è in tal caso nessun trattamento diverso ingiustificato tra le offerte che risultano anormalmente basse e quelle che non lo sono. Le une e le altre vengono respinte se non soddisfano il requisito di cui trattasi. L'unica situazione di discriminazione ingiustificata e giuridicamente inammissibile sussisterebbe nell'ipotesi in cui, avendo presentato l'una e l'altra categoria di offerte, la busta, in entrambi i casi, fosse vuota o non contenesse la documentazione esatta. Infatti, se esiste, ma è priva di documentazione o quella che contiene non è quella pertinente, in base alle norme del bando (v. la lett. C del menzionato paragrafo 10), l'offerta viene automaticamente respinta. Stando così le cose, viene introdotta una disparità di trattamento ingiustificata tra le offerte che risultano qualificate come anormalmente basse e quelle che rimangono al di sotto della soglia di anomalia, in quanto la busta viene aperta solo nel caso delle prime. In tal modo, un'offerta che non sia anormalmente bassa può seguire il corso della procedura di selezione e, inoltre, pervenire all'aggiudicazione senza soddisfare un requisito che, in base alle norme del bando, costituisce un presupposto di ammissibilità dell'offerta.

45. Questa disposizione non è altro che una precisazione di quella contenuta nel primo comma dello stesso paragrafo, secondo cui l'amministrazione aggiudicatrice richiede all'offerente le precisazioni che ritiene utili e, tenendo conto delle giustificazioni fornite, verifica la composizione dell'offerta.

46. L'interpretazione congiunta di entrambe le disposizioni comporta che l'amministrazione aggiudicatrice, prima di respingere un'offerta per il fatto che è anormalmente bassa, è tenuta a chiedere al suo autore le precisazioni e i chiarimenti che ritiene utili. In risposta alla richiesta, e per sostenere la sua proposta, l'offerente può presentare le giustificazioni che ritiene opportune, senza alcun limite, tra cui quelle previste nel secondo comma.

Tutte devono essere prese in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice nel decidere se, alla fine, ammettere o respingere l'offerta, comprese le giustificazioni contemplate nel secondo comma. Questa disposizione non è una norma di blocco, non istituisce un elenco restrittivo dei motivi e chiarimenti che possono essere presentati, ma, per contro, si limita a precisare la norma generale prevista nel primo comma.

47. Perciò, una disposizione che limiti la categoria di giustificazioni che può fornire

l'autore di un'offerta anormalmente bassa a quelle indicate nel secondo comma del n. 4 dell'art. 30 sarebbe incompatibile con la lettera e lo spirito della Direttiva, la quale mira a che, prima di respingere un'offerta per il fatto che è eccessivamente bassa, il suo autore possa fornire chiarimenti senza alcuna limitazione. Inoltre questa norma è inserita nell'art. 7 della legge italiana n. 216/1995³⁵.

48. Ciò affinché l'offerente autore di un'offerta che supera la soglia di anomalia possa fornire chiarimenti e presentare, per accreditare la serietà della sua proposta, tutte le giustificazioni che ritiene utili. Tuttavia è possibile fornire chiarimenti solo qualora l'imprenditore disponga di un margine di manovra per offrire, in libera concorrenza, prezzi inferiori a quelli dei suoi concorrenti e, in tal modo, prospettare l'esecuzione dell'appalto più vantaggiosa possibile per l'interesse pubblico; laddove non esiste tale margine è quindi superflua qualsiasi giustificazione.

49. In via di principio questa situazione si verificherebbe nel caso dei prezzi fissati ufficialmente. Quando i prezzi sono fissi, non è necessaria alcuna spiegazione, in quanto essa viene fornita dalla norma. Se l'offerente ha offerto prezzi diversi, su tale punto la sua proposta non può essere giustificata. In una tale ipotesi l'esclusione di chiarimenti non sarebbe incompatibile con la Direttiva.

35 — V. sopra paragrafo 7.

50. Tuttavia, a mio parere, la precedente affermazione non tiene conto di due idee chiave: la prima che prezzo fisso non è sinonimo di immodificabile, e la seconda che l'obiettivo della Direttiva è di agevolare la libera concorrenza tra imprenditori.

51. Nulla impedisce ad un'impresa di offrire per determinati elementi dell'opera un prezzo diverso — inferiore — rispetto a quello indicato come prezzo minimo in listini ufficiali. La proposta presentata da un offerente ha un contenuto complesso, non è monolitica, il che consente di combinarne i vari elementi per ottenere un prezzo e condizioni di esecuzione che la rendano quanto più attraente possibile per l'interesse generale. Privare colui che aspira ad ottenere un appalto della possibilità di giustificare il motivo per cui propone un prezzo inferiore a quello fissato in listini ufficiali significa negare gli effetti benefici che derivano da una lecita concorrenza e condannarlo ad un'esclusione automatica della sua offerta.

52. In base a quanto sopra esposto propongo che la Corte risolva la quarta e la quinta questione sottoposta dal Consiglio di Stato nel senso che l'art. 30, n. 4, della Direttiva osta a che una norma di diritto nazionale imponga all'amministrazione aggiudicatrice di prendere in considerazione, per verificare le offerte anormalmente basse, solo determinate giustificazioni e di escludere quelle che si riferiscono

ad elementi i cui valori minimi sono rilevabili da listini ufficiali.

5. *La procedura di verifica in contraddittorio delle offerte*

53. Nel corso di queste conclusioni ho rilevato ripetutamente e in vario modo che l'art. 30, n. 4, della Direttiva vieta l'esclusione automatica delle offerte considerate anormalmente basse. Prima di adottare una decisione del genere, l'amministrazione aggiudicatrice deve chiedere, per iscritto, i chiarimenti che ritiene utili in merito alla composizione dell'offerta. Il legislatore comunitario ha voluto che nessuna offerta fosse respinta senza consentire all'autore di fornire ampie spiegazioni. La procedura di verifica in contraddittorio è irrinunciabile. In tal senso si è pronunciata anche la Corte nelle sue sentenze *Transpoute*, *Fratelli Costanzo* e *Donà Alfonso*³⁶.

54. Contraddittorio è sinonimo di dialogo, discussione e dibattito. Vi è monologo solo quando colui che è interessato dalla decisione non può fornire spiegazioni. Questo è

36 — La Proposta di direttiva si mantiene sulla stessa linea. Nel primo comma dell'art. 54 si può leggere che, «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 e verifica, con il ricorso al contraddittorio, detti elementi costitutivi tenendo conto di tutte le spiegazioni ricevute».

quanto accade nel sistema delineato dalla legge italiana, nel quale la decisione di esclusione viene adottata tenendo conto esclusivamente delle giustificazioni presentate insieme all'offerta, senza che l'amministrazione aggiudicatrice possa chiedere chiarimenti e senza concedere all'offerente interessato la possibilità di completare i chiarimenti forniti in un primo momento³⁷.

55. Una volta che un'offerta è stata considerata anormalmente bassa, dopo aver aperto la busta che contiene i documenti con i dati posti a base delle giustificazioni presentate ab initio e prima di decidere sulla sua sorte, l'amministrazione aggiudicatrice è obbligata a richiedere le giustificazioni che ritiene necessarie. Tenendo conto di queste giustificazioni, così come di quelle inizialmente presentate e dei documenti prodotti a sostegno delle une e delle altre, essa deve adottare la sua decisione: escludere l'offerta o ammetterla.

56. In sintesi si deve affermare, in risposta alla terza questione pregiudiziale, che l'art. 30, n. 4, della Direttiva osta ad una procedura di esclusione delle offerte anormalmente basse in cui le imprese offerenti non abbiano la possibilità di fornire chiarimenti dopo l'apertura delle buste e prima dell'adozione del provvedimento di esclusione.

37 — Si ricordi che gli si chiede di presentare, unitamente all'offerta, le giustificazioni relative agli elementi più significativi del prezzo il cui importo non sia inferiore al 75% del prezzo posto a base d'asta.

VII — Conclusione

57. In base alle considerazioni che precedono propongo alla Corte di giustizia di risolvere le questioni proposte dal Consiglio di Stato della Repubblica italiana dichiarando che 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:

- a) non osta ad un meccanismo matematico di fissazione della soglia di anomalia avente caratteristiche tali da impedire agli offerenti di conoscerla prima della presentazione delle loro offerte;
- b) non osta a che il bando di gara contenga una clausola che esclude le imprese che non corredano le proprie offerte di giustificazioni del prezzo proposto per un valore pari ad almeno il 75% del prezzo posto a base d'asta;
- c) osta che una norma di diritto nazionale imponga all'amministrazione aggiudicatrice di prendere in considerazione, per verificare le offerte anormalmente basse, solo determinate giustificazioni e di escludere quelle che si riferiscono ad elementi i cui valori minimi sono rilevabili da listini ufficiali, e
- d) non consente una procedura di esclusione delle offerte anormalmente basse, in cui le imprese offerenti non abbiano la possibilità di fornire chiarimenti dopo l'apertura delle buste e prima dell'adozione del provvedimento di esclusione.