

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
CHRISTINE STIX-HACKL
1 luglio 2004¹

Introduzione

1. La questione sollevata nel presente procedimento riguarda la possibilità per gli Stati membri, nell'ambito della procedura di aggiudicazione di appalti pubblici, di imporre alle amministrazioni aggiudicatrici di applicare, ai fini dell'aggiudicazione, esclusivamente il criterio del prezzo più basso.

Contesto normativo

Normativa comunitaria

2. Le pertinenti disposizioni di diritto comunitario sono contenute nella direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori² (in prosieguo: la «direttiva 93/37»).

3. È pur vero che la direttiva 93/37 trova applicazione, in linea di principio, nel settore dell'aggiudicazione di appalti di lavori pubblici; tuttavia, l'art. 3 prevede anche disposizioni relative alla conclusione di contratti di concessione di lavori. L'art. 3 contiene altresì disposizioni relative all'attribuzione di appalti da parte del concessionario.

4. L'art. 3, n. 3, disciplina l'ipotesi in cui il concessionario sia egli stesso una delle amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 1, lett. b). In detta ipotesi, «egli è tenuto, per i lavori che saranno eseguiti da terzi, a rispettare le disposizioni della presente direttiva».

5. L'art. 3, n. 4, riguarda l'aggiudicazione di lavori da parte di concessionari diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici. A tal proposito la disposizione prevede quanto segue:

«Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché i concessionari di lavori pubblici, diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici, applichino le regole di pubblicità definite all'articolo 11, paragrafi 4, 6, 7 e da 9 a 13 ed all'articolo 16, per gli appalti che essi

1 — Lingua originale: il tedesco.

2 — GU L 199, pag. 54, ripetutamente modificata.

concludono con terzi, se il valore di tali appalti è pari o superiore a 5 000 000 di ecu (...)).

(in prosieguo: la «legge quadro»), disciplina, inter alia, i criteri di aggiudicazione. L'art. 21, primo comma, nel testo applicabile alla causa principale, prevede che l'aggiudicazione di appalti mediante pubblico incanto o licitazione privata (procedura ristretta) debba avvenire in base al criterio del prezzo più basso.

6. La disposizione fondamentale relativa ai criteri di aggiudicazione è contenuta nell'art. 30 della direttiva 93/37, il cui n. 1 così recita:

«1. I criteri sui quali l'amministrazione aggiudicatrice si fonda per l'aggiudicazione dell'appalto sono:

- a) o unicamente il prezzo più basso;
- b) o, quando l'aggiudicazione si fa a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, diversi criteri variabili secondo l'appalto: ad esempio il prezzo, il termine di esecuzione, il costo di utilizzazione, la redditività, il valore tecnico».

Fatti, procedimento principale e questioni pregiudiziali

8. Con deliberazione del dicembre 1989 e relativo atto del 1990 il comune di Brescia approvava il progetto concernente la realizzazione di un parcheggio interrato in località Fossa Bagni, il relativo bando per l'affidamento in concessione della costruzione e gestione di un parcheggio nonché la bozza dell'atto di concessione. Successivamente, nel febbraio 1991, il comune di Brescia affidava all'impresa Sintesi S.p.A. (in prosieguo: la «Sintesi») la costruzione e gestione del parcheggio.

Normativa nazionale

7. L'art. 21 della legge quadro 11 febbraio 1994, n. 109, sugli appalti pubblici di lavori

9. Il testo definitivo della convenzione tra il comune di Brescia e la Sintesi prevedeva l'obbligo, a carico della società concessionaria, di affidare l'esecuzione dei lavori tramite licitazione privata, da esperire con gara europea, secondo la normativa in materia di lavori pubblici.

10. Il 22 aprile 1999 la Sintesi pubblicava un bando di gara con aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, da valutarsi in base agli elementi del prezzo, del valore tecnico e del tempo indicato per la realizzazione dell'opera.

11. A seguito della fase di preselezione, la Sintesi trasmetteva alle imprese prequalificate per la selezione ristretta la lettera di invito nonché la documentazione di gara. La Ingg. Provera e Carrassi S.p.A. (in prosieguo: la «Provera»), parimenti invitata a presentare un'offerta, chiedeva ed otteneva una proroga del termine di consegna delle offerte. La Provera comunicava tuttavia alla Sintesi che non avrebbe partecipato alla gara, ritenendola illegittima. La Provera non proponeva peraltro alcun ricorso avverso gli ulteriori atti di aggiudicazione.

12. Nel maggio 2000 si procedeva all'aggiudicazione della gara all'offerta economicamente più vantaggiosa. Nel dicembre 2000 l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici emetteva avverso detta decisione una determinazione, sulla base del rilievo che, conformemente alla legge quadro, l'aggiudicazione può avvenire soltanto con l'applicazione del criterio del prezzo più basso, essendo possibile fare ricorso a quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa solo per gli appalti di concessione di costruzione e gestione di lavori pubblici.

13. La Sintesi impugnava detta determinazione dinanzi al Tribunale amministrativo regionale (TAR) per la Lombardia deducendo, inter alia, la violazione degli artt. 3 nonché 7 e segg. della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché la violazione di legge per inosservanza dell'art. 30, n. 1, della direttiva 93/37.

14. Il TAR ha ritenuto determinante unicamente il motivo di ricorso relativo all'art. 30 della direttiva 93/37, con riguardo al quale occorrerebbe accertare la sfera di discrezionalità riconosciuta all'amministrazione aggiudicatrice. Una disapplicazione del diritto nazionale sarebbe giustificata solo alla luce dell'art. 81 CE. Spetterebbe alle amministrazioni aggiudicatrici decidere in base a quale dei due criteri aggiudicare l'appalto. Il principio della concorrenza non verrebbe in gioco nell'opzione fra i diversi criteri di aggiudicazione, ma solo in dipendenza del metodo di gara.

15. Il TAR Lombardia ha quindi sospeso il procedimento e ha sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'art. 30, n. 1, della direttiva (...), laddove attribuisce alle singole amministrazioni aggiudicatrici la scelta del criterio d'aggiudicazione, individuato alternativamente nel prezzo più basso o nell'offerta più vantaggiosa, costituisca conseguente applicazione del prin-

cipio di libera concorrenza già sancito dall'art. 85 [divenuto art. 81 CE] del Trattato, che esige che ogni offerta nelle gare indette all'interno del mercato unico sia valutata in modo che non sia impedito, ristretto o falsato il confronto fra le [offerte] stesse.

- 2) Se, in via strettamente conseguente, l'art. 30 della direttiva (...), osti a che l'art. 21 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, precluda per l'aggiudicazione degli appalti a procedura aperta e ristretta in materia di lavori pubblici la scelta da parte delle amministrazioni aggiudicatrici del criterio dell'offerta più vantaggiosa, prescrivendo in via generale solo quello del prezzo più basso».

Sulla ricevibilità delle questioni pregiudiziali

16. Occorre anzitutto esaminare l'argomento secondo cui non sarebbero correttamente riportati né i fatti né le pertinenti disposizioni giuridiche e le questioni pregiudiziali presenterebbero carattere teorico. A tal riguardo appare opportuno richiamare i

principi elaborati dalla Corte in ordine alla ricevibilità delle domande di pronuncia pregiudiziale.

17. Secondo la giurisprudenza della Corte, ai fini della ricevibilità delle domande di pronuncia pregiudiziale è determinante che il giudice del rinvio definisca l'ambito di fatto e di diritto in cui si inseriscono le questioni sollevate o che esso spieghi almeno le ipotesi di fatto su cui tali questioni sono fondate³.

18. Tuttavia, per quanto l'ordinanza di rinvio in oggetto non contenga un'esauriente esposizione della situazione di diritto e di fatto, le indicazioni fornite dal giudice del rinvio appaiono sufficientemente dettagliate e le questioni risultano riferite ad aspetti tecnici precisi in modo da consentire alla Corte di fornire una soluzione utile. Alla luce della giurisprudenza della Corte, ciò è sufficiente per soddisfare i requisiti di ricevibilità⁴.

19. Costituisce un ulteriore criterio relativo alla ricevibilità delle questioni pregiudiziali il

3 — Sentenza 26 gennaio 1993, cause riunite C-320/90, C-321/90 e C-322/90, Telemarsicabruzzo e a. (Racc. pag. I-393, punto 6), nonché ordinanze 19 marzo 1993, causa C-157/92, Banchemo (Racc. pag. I-1085, punto 4); 9 agosto 1994, causa C-378/93, La Pyramide (Racc. pag. I-3999, punto 14); 23 marzo 1995, causa C-458/93; Saddik (Racc. pag. I-511, punto 12), e 28 giugno 2000, causa C-116/00, Laguillaumie (Racc. pag. I-4979, punto 15).

4 — Sentenza 3 marzo 1994, causa C-316/93, Vanetveld (Racc. pag. I-763, punto 13), nonché ordinanze 13 marzo 1996, causa C-326/95, Banco de Fomento e Exterior SA (Racc. pag. I-1385, punto 8), e 30 giugno 1997, causa C-66/97, Banco de Fomento e Exterior SA (Racc. pag. I-3757, punto 9).

requisito secondo cui le informazioni fornite nelle domande di pronuncia pregiudiziale non servono solo a consentire alla Corte di risolvere in modo utile le questioni, ma anche a dare ai governi degli Stati membri e alle altre parti interessate la possibilità di presentare osservazioni ai sensi dell'art. 20 dello Statuto della Corte. Incombe, infatti, alla Corte di vigilare sulla salvaguardia di tale possibilità, tenuto conto del fatto che, a norma della suddetta disposizione, alle parti interessate vengono notificate solo le decisioni di rinvio⁵.

20. Il numero e il contenuto delle osservazioni scritte presentate alla Corte dimostrano come anche questo requisito sia soddisfatto.

21. Infine, l'ordinanza di rinvio risponde parimenti al requisito secondo cui il giudice del rinvio deve fornire indicazioni sulle ragioni precise che lo hanno indotto a interrogarsi sull'interpretazione del diritto comunitario e a ritenere necessaria una pronuncia pregiudiziale della Corte⁶.

5 — Sentenza 1° aprile 1982, cause riunite 141-143/81, *Holdijk e a.* (Racc. pag. 1299, punto 6), nonché ordinanze nelle cause C-458/93 (citata alla nota 3, punto 13), e C-116/00 (cit. alla nota 3, punto 24).

6 — Ordinanze 25 giugno 1996, causa C-101/96, *Italia Testa* (Racc. pag. I-3081, punto 6); 8 luglio 1998, causa C-9/98, *Agostini* (Racc. pag. I-4261, punto 6), e nella causa C-116/00 (citata alla nota 3, punto 16).

22. Occorre dunque esaminare l'argomento dedotto da più parti che hanno presentato osservazioni, secondo cui la seconda questione pregiudiziale verterebbe sull'interpretazione del diritto nazionale e sulla sua compatibilità con l'art. 30 della direttiva 93/37.

23. A questo riguardo occorre sottolineare che nella motivazione dell'ordinanza di rinvio viene contestata la conformità «all'art. 81 (...) e seguenti del Trattato dell'art. 21, primo comma della L. 11.2.1994, n. 109», mentre la seconda questione pregiudiziale verte sull'ammissibilità di questa disposizione nazionale alla luce dell'art. 30 della direttiva.

24. Muovendo dal principio secondo cui, nell'ambito dei procedimenti pregiudiziali, non spetta alla Corte esaminare la compatibilità del diritto nazionale, la seconda questione pregiudiziale è quindi irricevibile in quanto verte sulla compatibilità di disposizioni nazionali con il diritto comunitario. Tuttavia tale questione è ricevibile nella parte riguardante l'interpretazione del diritto comunitario, segnatamente l'art. 30, n. 1, della direttiva 93/37. Pertanto, così intesa, la seconda questione pregiudiziale è ricevibile, senza necessità, tuttavia, di procedere ad una sua riformulazione espressa.

Sulle questioni pregiudiziali

25. Al fine di fornire indicazioni utili al giudice del rinvio, appare utile un'analisi congiunta delle due questioni pregiudiziali.

26. Si può prescindere da un esame specifico in relazione all'art. 81 CE, menzionato nella prima questione pregiudiziale, dovendosi ritenere applicabile, nella specie, l'art. 30 della direttiva 93/37 e non l'art. 81 CE. Vero è che possono senz'altro sussistere casi in cui, nell'ambito di procedimenti di aggiudicazione, occorra applicare anche disposizioni in materia di concorrenza; tuttavia, né dalla questione pregiudiziale stessa né dalle ulteriori considerazioni del giudice del rinvio emerge che il procedimento principale verta su un'autonoma applicazione dell'art. 81 CE. A prescindere dai motivi di diritto procedurale, una valutazione del *modus operandi* degli Stati membri sul piano legislativo riguardo alla compatibilità con l'art. 81 CE va esclusa per motivi di diritto sostanziale, in quanto tale disposizione è rivolta alle imprese.

27. Il presente procedimento non riguarda neanche la validità dell'art. 30 della direttiva 93/37 né l'esame dello stesso in base al criterio dell'art. 81 CE. Tale disposizione può, tutt'al più, essere presa in considerazione

quale criterio per un'interpretazione dell'art. 30 della direttiva conforme al diritto primario, vale a dire un'interpretazione di tale articolo fondata sul principio della concorrenza.

Direttive in materia di aggiudicazione e principio della concorrenza in generale

28. Diverse parti che hanno presentato osservazioni alla Corte hanno sottolineato in vari modi l'importanza della concorrenza rispetto alle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici. A tal riguardo occorre rammentare, come ha fatto la Commissione, che la direttiva 93/37 non è funzionale all'attuazione dell'art. 81 CE.

29. Per quanto riguarda la rilevanza del principio della libera concorrenza o della concorrenza in relazione alle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, occorre altresì esaminare il loro fondamento normativo. Le tre direttive tradizionali in materia di appalti pubblici di servizi, di forniture e di lavori si fondano sugli artt. 57, n. 2, e 66 del Trattato CE (divenuti artt. 47, n. 2, CE e 55 CE), sull'art. 100 A del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 95 CE), ovvero su tutte e tre le dette disposizioni.

30. Tali fondamenti normativi sono connessi con le libertà fondamentali, ovvero con il mercato comune, pur non riguardando espressamente la concorrenza.

31. Tuttavia, le tre direttive tradizionali in materia di aggiudicazione di appalti pubblici — e non solo queste — fanno riferimento alla concorrenza sotto un differente profilo. Così, nei rispettivi preamboli⁷ viene espressamente menzionato, quale obiettivo, lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti pubblici. In numerose sentenze la Corte ha confermato che tali direttive mirano a garantire una siffatta concorrenza⁸.

32. Secondo una costante giurisprudenza⁹, le direttive, e in generale il diritto comunitario¹⁰, impediscono, in primo luogo, prati-

che restrittive della concorrenza e, in secondo luogo, aprono alla concorrenza il rispettivo settore di mercato interessato, vale a dire garantiscono il libero accesso segnatamente ad imprese di altri Stati membri.

33. Il principio della concorrenza rientra quindi tra i principi fondamentali del diritto comunitario in materia di aggiudicazione di appalti pubblici.

34. Tale principio risponde ad una serie di finalità di tutela. In primo luogo, il principio della concorrenza ha per oggetto i rapporti tra imprese, vale a dire tra concorrenti o offerenti. Tra tali soggetti deve sussistere una concorrenza parallela in relazione alla richiesta di acquisto.

35. In secondo luogo, il principio della concorrenza riguarda la relazione tra le amministrazioni aggiudicatrici, che vanno qualificate come imprese, e le imprese, segnatamente il modus operandi di un'amministrazione aggiudicatrice dominante nei confronti delle imprese o di un'impresa dominante nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice e la valutazione di tale modus operandi alla luce dell'art. 82 CE¹¹.

7 — Ventesimo 'considerando' della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1); quattordicesimo 'considerando' della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1), nonché decimo 'considerando' della direttiva 93/37.

8 — V. sentenze 20 settembre 1988, causa 31/87, Beentjes (Racc. pag. 4635, punto 21); 22 giugno 1993, causa C-243/89, Commissione/Germania (Racc. pag. I-3353, punto 33); 16 settembre 1999, causa C-27/98, Metallmeccanica Fracasso SpA e Leitschutz Handels- und Montage GmbH (Racc. pag. I-5697, punto 26); 17 settembre 2002, causa C-513/99, Concordia Bus Finland Oy (Racc. pag. I-7213, punto 81), e 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau AG (Racc. pag. I-11617, punto 89).

9 — V. sentenze 12 luglio 2001, causa C-399/98, Ordine degli architetti delle province di Milano e Lodi (Racc. pag. I-5409, punto 75); 27 novembre 2001, cause riunite C-285/99 e C-286/99, Impresa Lombardini SpA e a. (Racc. pag. I-9233, punto 35); 18 giugno 2002, causa C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (Racc. pag. I-5553, punto 44); 14 novembre 2002, causa C-411/00, Felix Swoboda GmbH (Racc. pag. I-10567, punto 33); nella causa C-470/99 (cit. alla nota 8, punto 89), e 15 maggio 2003, causa C-214/00, Commissione/Spagna (Racc. pag. I-4667, punto 53).

10 — Sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Telaustria Verlags GmbH e Telefonadress GmbH (Racc. pag. I-10745, punto 62).

11 — Qualora le amministrazioni aggiudicatrici non dovessero essere qualificate come imprese ai sensi del diritto della concorrenza, occorrerà considerare l'applicazione delle disposizioni in materia di concorrenza in combinato disposto con l'art. 10 CE.

36. In terzo luogo, il principio della concorrenza deve tutelare la concorrenza dal punto di vista istituzionale.

37. Il principio della concorrenza trova concreta espressione in disposizioni contenute nelle direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, in cui rientrano le disposizioni relative ai tipi di procedure di aggiudicazione ammissibili nonché al loro iter procedurale, segnatamente i termini da osservare nelle diverse fasi della procedura nonché il divieto di trattative a posteriori¹².

38. Inoltre, tra le espressioni concrete del principio della concorrenza rientrano le disposizioni relative al capitolato d'onori, soprattutto in materia di specifiche tecniche, le disposizioni riguardanti la selezione qualitativa delle imprese nonché quelle concernenti i criteri di aggiudicazione, su cui verte il presente procedimento.

39. Per garantire la concorrenza è necessario un livello minimo di trasparenza. A tal riguardo, le direttive in materia di aggiudicazione

prevedono una serie di obblighi di pubblicità. Anche l'obbligo dell'amministrazione aggiudicatrice di stabilire preventivamente i criteri nonché di rispettarli è funzionale alla concorrenza. Per contro, a tutela della concorrenza, in taluni casi è altresì necessario non divulgare ad altre imprese talune informazioni riguardanti un'impresa¹³.

40. Infine, assume rilevanza sotto il profilo della concorrenza anche la partecipazione ad un procedimento di aggiudicazione delle imprese che abbiano partecipato alla preparazione del procedimento¹⁴.

Criteri di aggiudicazione e concorrenza

41. Per quanto riguarda l'effetto dei due criteri di aggiudicazione sotto il profilo della concorrenza, va rilevato che entrambi i criteri, disciplinati all'art. 30, n. 1, della

12 — V. sentenze nella causa C-399/98 (cit. alla nota 9, punto 75), e nelle cause riunite C-285/99 e C-286/99 (cit. alla nota 9, punto 35).

13 — Art. 16, n. 5, della direttiva 92/50, art. 9, terzo comma, della direttiva 93/37 e art. 11, n. 5, della direttiva 93/37.

14 — Decimo 'considerando' della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE, che modifica le direttive 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione rispettivamente degli appalti pubblici di servizi, degli appalti pubblici di forniture e degli appalti pubblici di lavori (GU L 328, pag. 1).

direttiva 93/37, nonché dalle disposizioni parallele contenute nelle altre direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, devono garantire una concorrenza effettiva¹⁵.

42. Una valutazione sotto il profilo della concorrenza dell'effetto dei due criteri di aggiudicazione nel procedimento principale non è oggetto della domanda di pronuncia pregiudiziale intesa quale applicazione di disposizioni di diritto comunitario ad una fattispecie concreta.

43. Una valutazione generica della questione se il criterio del prezzo più basso presenti, in linea generale, effetti più favorevoli sulla concorrenza rispetto al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non può essere oggetto di un'analisi giuridica nell'ambito di un procedimento pregiudiziale. Non si può trascurare il fatto che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non consente solo una concorrenza di prezzo, anche una concorrenza di altri fattori, vale a dire una concorrenza di condizioni. Una valutazione degli effetti di un determinato criterio sulla concorrenza va condotta sulla base di circostanze concrete, in particolare sulla base del mercato interessato ed incombe, conseguentemente, al giudice nazionale.

44. A tal riguardo il giudice nazionale deve tener conto dei seguenti elementi: per quanto concerne gli effetti sulla concorrenza, riveste importanza determinante soprattutto la questione che a tutte le imprese si applichino gli stessi criteri oggettivi¹⁶. Per quanto attiene al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, rileva, essenzialmente, la forma concretamente assunta dallo specifico procedimento di aggiudicazione, in altre parole, i singoli criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Analogamente ai criteri di valutazione inerenti alla proprietà delle imprese offerenti, tali elementi devono sempre essere valutati anche in base al diritto primario. È pacifico che in questa categoria rientrino anche le disposizioni in materia di diritto della concorrenza.

45. Tuttavia, anche l'interpretazione da parte della Corte di disposizioni comunitarie in materia di concorrenza è subordinata all'adempimento di talune condizioni. Infatti, «secondo costante giurisprudenza, l'esigenza di giungere ad un'interpretazione del diritto comunitario che sia utile per il giudice nazionale impone che quest'ultimo definisca l'ambito di fatto e di diritto in cui si inseriscono le questioni sollevate o che esso spieghi almeno le ipotesi di fatto su cui tali questioni sono fondate. Dette esigenze valgono in particolare in determinati settori, quale quello della concorrenza, caratterizzati

15 — Sentenze nella causa C-243/89 (cit. alla nota 8, punto 33), e nella causa C-513/99 (cit. alla nota 8, punto 81).

16 — V. sentenze nelle cause 31/87, (cit. alla nota 8, punto 27), e C-27/98 (cit. alla nota 8, punto 31).

da complesse situazioni di fatto e di diritto»¹⁷.

appalti pubblici e impedire abusi da parte delle amministrazioni aggiudicatrici.

Potere degli Stati membri di stabilire un determinato criterio di aggiudicazione

46. Il presente procedimento verte sulla questione se gli Stati membri possano prevedere, in linea generale, il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso per taluni tipi di appalti. Un siffatto potere limiterebbe nel contempo la libertà di scelta delle amministrazioni aggiudicatrici interessate da una siffatta disposizione.

47. In tale contesto si deve rammentare, in linea generale, che gli Stati membri, se è pur vero che nella trasposizione delle direttive dispongono di un certo margine di discrezionalità, devono tuttavia rispettare i limiti posti dal diritto comunitario. Tale obbligo vincola gli Stati membri anche laddove adottino misure funzionali agli obiettivi della Comunità come, ad esempio, assicurare una maggiore trasparenza nel settore della normativa in materia di aggiudicazione degli

48. Di conseguenza, occorre anzitutto esaminare l'argomento dedotto in varie osservazioni presentate alla Corte, secondo cui l'atto normativo da interpretare nella specie sarebbe costituito da una direttiva. A tal riguardo si deve sottolineare che la circostanza che le direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, al pari di altre direttive, sono rivolte agli Stati membri non consente di dedurre che agli Stati membri venga in tal modo concesso il potere di fissare un determinato criterio di aggiudicazione.

49. Va inoltre esaminato l'argomento secondo cui la direttiva 93/37 non conterrebbe una disciplina esaustiva in materia di aggiudicazione di appalti pubblici. Secondo questa tesi, il potere degli Stati membri di stabilire il criterio di aggiudicazione risulterebbe avvalorato dal fatto che la direttiva 93/37, al pari delle altre direttive in materia, non prevede una disciplina sistematica completa, bensì mira unicamente a coordinare le procedure applicate dai singoli Stati¹⁸. Se tale conclusione va accolta, non se ne può tuttavia dedurre che la direttiva 93/37 non contenga disposizioni esaustive a disciplina di determinati fasi o aspetti della procedura di aggiudicazione. Questo argomento va

17 — Sentenze nelle cause da C-320/90 a C-322/90 (cit. alla nota 3, punti 6 e 7); 14 luglio 1998, causa C-284/95, *Safety Hi-Tech* (Racc. pag. I-4301, punti 69 e 70), e causa C-341/95, *Bettati* (Racc. pag. I-4355, punti 67 e 68); 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany* (Racc. pag. I-5751, punto 39), e cause riunite da C-115/97 a C-117/97, *Brentjens'* (Racc. pag. I-6025, punto 38), nonché 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, *Pavel Pavlov e a.* (Racc. pag. I-6451, punto 51).

18 — V. ad esempio sentenza nelle cause riunite C-285/99 e C-286/99 (cit. alla nota 9, punto 33).

piuttosto relativizzato, considerato che le direttive in materia di aggiudicazione armonizzano in maniera esaustiva taluni aspetti della procedura di aggiudicazione.

50. L'ammissibilità del potere degli Stati membri di stabilire il criterio di aggiudicazione in termini astratti è invece avvalorata dal fatto che gli interessati sono, in linea generale — eccezion fatta per talune imprese puramente private, ricomprese dalle direttive settoriali — amministrazioni aggiudicatrici, vale a dire enti riconducibili al rispettivo Stato membro. Tale conclusione emerge dalla definizione della nozione di «amministrazione aggiudicatrice» e si concretizza nella possibilità, riconosciuta nella giurisprudenza¹⁹, di perseguirne le violazioni del diritto con un procedimento per inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE.

51. Pertanto, a rigore di termini, sotto questo profilo il fatto che l'ente aggiudicatore stabilisca il criterio di aggiudicazione equivale ad una determinazione del criterio stesso da parte dello Stato membro. Tuttavia, la differenza rispetto alla determinazione del criterio su cui verte la causa principale risiede nel fatto che, nella specie, la determinazione è stata operata mediante una legge quadro, vale a dire in termini generali ed astratti nonché ad un altro livello, segnatamente da parte del legislatore e non dell'amministrazione aggiudicatrice stessa.

52. In definitiva, per risolvere la questione fondamentale se gli Stati membri possano stabilire in termini astratti un unico criterio di aggiudicazione occorre muovere dalle seguenti considerazioni.

53. Le direttive in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici prevedono espressamente due tipi di poteri: quello degli Stati membri, come ad esempio la facoltà di prevedere determinate modalità di presentazione delle offerte²⁰, e quello delle amministrazioni aggiudicatrici, quale ad esempio la possibilità, in determinati casi, di ricorrere alla procedura negoziata, consentire varianti e stabilire margini.

54. Per contro, talune disposizioni dettano obblighi espliciti, sia per gli Stati membri, sia per le amministrazioni aggiudicatrici. In quest'ultima categoria di disposizioni rientra, inter alia, la disposizione — pertinente nella specie — di cui all'art. 30, n. 1, della direttiva 93/37 [«I criteri sui quali l'amministrazione aggiudicatrice si fonda per l'aggiudicazione dell'appalto sono: a) o (...) b) o (...)»], nonché le disposizioni parallele delle altre direttive in materia di aggiudicazione. Tale disposizione

19 — Sentenze 10 aprile 2003, cause riunite da C-20/01 a C-28/01, Commissione/Germania (Racc. pag. I-3609), riguardante un comune; 1° febbraio 2001, causa C-237/99, Commissione/Francia (Racc. pag. I-939), riguardante organismi per l'edilizia popolare, nonché 28 ottobre 1999, causa C-328/96, Commissione/Austria (Racc. pag. I-7479), e 17 dicembre 1998, causa C-353/96, Commissione/Irlanda (Racc. pag. I-8565), riguardanti società di diritto privato.

20 — Art. 23, n. 2, della direttiva 92/50 o art. 18, n. 2, della direttiva 93/37, entrambi nella versione della direttiva 97/52/CE (cit. alla nota 14).

non attribuisce quindi poteri espliciti alle amministrazioni aggiudicatrici; tuttavia, il principio secondo cui può farsi ricorso solamente ad uno dei due criteri di aggiudicazione espressamente previsti implica anche la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di optare per uno dei due.

degli Stati membri di limitare il potere degli enti aggiudicatori di stabilire determinati criteri. In tal senso, l'art. 23, n. 1, secondo periodo, della direttiva 93/37 e l'art. 28, n. 1, della direttiva 92/50 autorizzano gli Stati membri ad imporre agli enti aggiudicatori che il capitolato d'appalto contenga determinate indicazioni.

55. Tale potere dell'amministrazione aggiudicatrice viene meno nella misura in cui il rispettivo Stato membro limiti la possibilità di scelta, obbligando, ad esempio, gli enti aggiudicatori a ricorrere, in taluni casi, esclusivamente al criterio del prezzo più basso.

58. Tuttavia, per quanto riguarda i criteri di aggiudicazione, non esiste una disposizione equivalente.

56. Pur supponendo che l'amministrazione aggiudicatrice non disponga di alcun diritto soggettivo rispetto a tale possibilità di scelta, sorge la questione se gli Stati membri possano obbligare gli enti aggiudicatori ad applicare un determinato criterio.

59. Avverso il potere degli Stati membri di vincolare gli enti aggiudicatori ad un singolo criterio di aggiudicazione depone anche il fatto che, in tal modo, risulterebbe annullata la parità di rango dei due criteri di aggiudicazione, prevista in tutte le direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici.

57. Avverso tale possibilità va rilevato, in primo luogo, il fatto che né l'art. 30 della direttiva 93/37 né le altre direttive in materia di aggiudicazione disciplinano un potere in tal senso degli Stati membri. Tuttavia, si potrebbe dedurre la necessità di una siffatta disciplina esplicita dal fatto che le direttive in materia di aggiudicazione di appalti pubblici ben riconoscono, in linea generale, il potere

60. Occorre infine richiamare la giurisprudenza della Corte²¹ in cui si fa espresso riferimento al fatto che la disposizione pertinente nella specie lascia alle amministrazioni aggiudicatrici la scelta dei criteri di aggiudicazione.

21 — V., ad esempio, sentenze 18 ottobre 2001, causa C-19/00, SIAC Construction (Racc. pag. I-7725, punto 36), e 19 giugno 2003, causa C-315/01, Gesellschaft für Abfallentsorgungstechnik GmbH (GAT) (Racc. pag. I-6351, punto 64).

61. Vero è che tale giurisprudenza riguarda la definizione di criteri relativi all'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; tuttavia, le conclusioni della Corte possono essere trasposte anche alla scelta del criterio di aggiudicazione stesso.

62. Avverso il potere degli Stati membri di stabilire il criterio di aggiudicazione si possono far valere anche aspetti inerenti alla concorrenza. In tal modo, risulterebbe infatti limitata la possibilità per gli enti aggiudicatori di optare per il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza nel singolo procedimento di aggiudicazione. Detta possibilità verrebbe meno nel caso in cui il legislatore stabilisse un determinato criterio in termini generali. Come parimenti osservato dal governo italiano, l'art. 30 della direttiva 93/37 non subordina la scelta di uno dei due criteri di aggiudicazione a determinate condizioni.

63. Infine, secondo la giurisprudenza della Corte²², nell'interpretazione della direttiva in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici occorre tener conto dell'obiettivo della direttiva stessa, consistente nel facilitare il gioco della libera concorrenza fra tutti gli offerenti. Un'interpretazione di una disposizione della direttiva incentrata su tale obiettivo può quindi escludere il potere degli Stati membri di imporre alle amministrazioni aggiudicatrici l'applicazione di un determinato criterio.

64. La giurisprudenza pertinente nella specie è costituita dalla sentenza nelle cause riunite *Impresa Lombardini e a.*, in cui la Corte ha affermato quanto segue:

«Ne deriva che l'art. 30, n. 4, della direttiva si oppone ad una normativa nazionale, come quella applicabile nelle cause principali, che, da un lato, impone all'amministrazione aggiudicatrice di prendere in considerazione, ai fini della verifica delle offerte anormalmente basse, solo talune giustificazioni limitativamente elencate, (...) e che, dall'altro, esclude esplicitamente taluni tipi di giustificazioni (...)»²³.

65. Da tale giurisprudenza emerge che il legislatore nazionale non può limitare il margine discrezionale degli enti aggiudicatori in termini non espressamente consentiti dalla direttiva.

66. Dall'esame degli argomenti dedotti pro e contro il potere degli Stati membri sul quale verte il presente procedimento, ulteriormente sviluppati in questa sede, emerge che gli argomenti più solidi depongono in senso contrario ad un siffatto potere degli Stati membri.

22 — Sentenza nelle cause riunite C-285/99 e C-286/99 (cit. alla nota 9, punti 84 e seg.).

23 — Sentenza nelle cause riunite C-285/99 e C-286/99 (cit. alla nota 9, punto 85).

Conclusione

67. Alla luce delle considerazioni che precedono, suggerisco alla Corte di risolvere le questioni pregiudiziali nei termini seguenti:

- 1) L'art. 30, n. 1, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, dev'essere interpretato nel senso che attribuisce alle singole amministrazioni aggiudicatrici la scelta del criterio d'aggiudicazione, individuato alternativamente nel prezzo più basso o nell'offerta economicamente più vantaggiosa. Inoltre, il giudice nazionale è tenuto ad interpretare tale disposizione alla luce del principio della libera concorrenza ai sensi dell'art. 81 CE.

- 2) L'art. 30, n. 1, della direttiva 93/37 dev'essere interpretato nel senso che osta ad una disposizione nazionale che precluda, ai fini dell'aggiudicazione degli appalti a procedura aperta e ristretta in materia di lavori pubblici, la scelta da parte delle amministrazioni aggiudicatrici del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, imponendo in via generale unicamente quello del prezzo più basso.