

# NOTE SUL DIRITTO COMUNITARIO DEGLI APPALTI PUBBLICI: QUESTIONI SOCIALI, TUTELA DELL'AMBIENTE ED AGGIUDICAZIONE "SOSTENIBILE"

dott.ssa Valentina Ferrari

## Capitolo II

### CRITERI DI AGGIUDICAZIONE E NORMATIVA COMUNITARIA

#### Sommario:

1. La normativa comunitaria.

1.1. Struttura e contenuto delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici.

2. I criteri di aggiudicazione degli appalti comunitari previsti nelle direttive.

2.1. Le offerte anomale.

2.2. L'introduzione di varianti.

3. Le nuove proposte di direttiva.

#### 1. La normativa comunitaria sugli appalti pubblici.

Gli appalti pubblici, pur appartenendo alla sfera contrattuale (che, per tradizione e generale principio, è rimessa all'assoluta o quasi discrezione delle parti), per le peculiarità che presentano sono sottoposti ad una normativa inderogabile di carattere sia interno che comunitario.

Tali normative rispondono a diverse esigenze e perseguono diversi fini: il legislatore interno mira a garantire i principi di imparzialità e trasparenza dell'amministrazione nazionale, mentre la normativa comunitaria, avendo come fondamentale obiettivo quello di garantire la massima ampiezza del mercato interno, ha l'intento di assicurare a tutti gli interessati la possibilità di partecipare a procedure d'appalto, bandite in uno Stato membro, in condizioni di parità con le imprese appartenenti a tale Stato (26).

Come già ricordato, la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici risale agli anni '70 ed è stata più volte aggiornata e modificata, constando allo stato attuale di sei direttive (27).

I filoni dell'intervento sovranazionale hanno riguardato in particolare: la modifica delle "vecchie" direttive sui lavori e le forniture, allo scopo di agevolare la partecipazione agli appalti e aumentare la trasparenza; l'introduzione di adeguati mezzi di tutela sia amministrativa che giurisdizionale per garantire l'osservanza delle disposizioni vigenti; l'estensione della disciplina agli appalti pubblici di servizi, di lavori e di forniture nei settori in precedenza esclusi (acqua, telecomunicazioni, energia, trasporti); l'equiparazione di imprese comunitarie e imprese dei Paesi terzi firmatari dell'accordo sugli appalti pubblici concluso nell'ambito dell'Uruguay Round (28).

Le direttive comunitarie in materia definiscono l'appalto pubblico come "*un contratto concluso in forma scritta tra un imprenditore o fornitore o prestatore di servizi e un ente aggiudicatore, avente ad oggetto un'opera pubblica, una pubblica fornitura o un servizio*" (29), e determinano il proprio ambito di applicazione sotto il profilo oggettivo, soggettivo e, per così dire, "quantitativo".

Si precisa, in primo luogo, cosa debba intendersi rispettivamente per "lavori pubblici", "forniture" e "servizi".

I lavori pubblici sono individuati attraverso il rinvio ad un allegato (II), che contiene un elenco di lavori edili, nonché mediante il concetto di "opera", definita come "*il risultato di un insieme di lavori edili o di genio civile che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica*" (30). Elemento essenziale ai fini della qualificazione del contratto è l'obbligo di esecuzione: l'appalto pubblico di lavori può avere infatti ad oggetto l'esecuzione e/o la progettazione dei lavori definiti nell'allegato II, nonché di un'opera, come sopra definita, oppure l'esecuzione con qualsiasi mezzo di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice (31).

Il concetto di fornitura non presenta particolari problemi applicativi ed è definito come "*l'acquisto, il leasing, la locazione, l'acquisto a riscatto con o senza opzione per l'acquisto di prodotti*" (32).

Quanto alla determinazione di un appalto pubblico di servizi, le direttive adottano un criterio residuale, rientrando in tale ambito i contratti non riconducibili agli appalti di lavori o di forniture. Si distingue poi tra "servizi prioritari" e "servizi non prioritari" attraverso il rinvio rispettivamente all'allegato A e B della direttiva 50/92: ai primi verranno applicate tutte le norme presenti nella direttiva stessa, ai secondi solo alcune disposizioni, in particolare in materia di pubblicità e specificazioni tecniche (33).

Sotto il profilo soggettivo, le norme comunitarie si applicano agli appalti aggiudicati dallo Stato, dagli enti territoriali, dagli organismi di diritto pubblico (34) e dalle associazioni costituite da tali enti e organismi. La disciplina comunitaria prevede due ipotesi particolari di applicabilità a soggetti ulteriori rispetto a quelli sopracitati: trattasi degli appalti di lavori affidati da soggetti diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici ma da queste sovvenzionate per almeno il 50%, e degli appalti di servizi sovvenzionati per almeno il 50% da amministrazioni pubbliche e aggiudicati in relazione ad appalti di lavori (35).

Quanto agli appalti di forniture, lavori e servizi aggiudicati dagli enti che operano nei settori di pubblica utilità (i cd settori esclusi), occorre rilevare che tra gli enti aggiudicatori sono comprese anche le imprese pubbliche (36) nonché i soggetti che, pur non essendo pubblici, operano nei settori in questione in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi dall'autorità competente di uno Stato membro (37).

Per rientrare nell'ambito di applicazione delle direttive comunitarie un appalto pubblico deve soddisfare, oltre ai criteri oggettivi e soggettivi sopracitati, un parametro, per così dire, "quantitativo", ovvero presentare un valore, al netto dell'IVA, pari o superiore a delle soglie minime espressamente indicate (38). Tale previsione si spiega in quanto solo gli appalti di una certa entità possono avere rilevanza a livello comunitario e meritano quindi una tutela adeguata in quest'ambito.

## **1.1. Struttura e contenuto delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici.**



Passando ad illustrare, per grandi linee, il contenuto vero e proprio delle direttive, si deve innanzitutto evidenziare come queste presentino una struttura fra loro molto simile, che consta di una parte dedicata alle definizioni generali, di norme comuni nel settore tecnico, di norme comuni di pubblicità e di norme comuni di partecipazione, a loro volta comprendenti criteri di selezione qualitativa degli offerenti e criteri di aggiudicazione delle offerte.

Qualora un'amministrazione aggiudicatrice, individuata come sopra, intenda concludere un appalto di rilevanza comunitaria, la normativa in materia prevede innanzitutto che il relativo bando di gara venga pubblicato nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee (serie "S") affinché sia reso conoscibile a tutte le imprese interessate, indipendentemente dallo Stato membro di provenienza (39).

Le amministrazioni aggiudicatrici hanno inoltre l'obbligo di inserire, nei documenti generali o contrattuali relativi a ciascun appalto, delle specifiche tecniche, ossia l'insieme di prescrizioni che

definiscono le caratteristiche di un lavoro, un materiale, un prodotto o un servizio in modo che siano conformi all'uso cui sono destinati (40). A tale scopo gli enti aggiudicatori possono fare riferimento a norme nazionali che recepiscono norme europee, a omologazioni tecniche europee o a specifiche tecniche comuni (41), fatte salve le norme tecniche nazionali obbligatorie, purché compatibili con il diritto comunitario.

Si distinguono le prescrizioni relative alla progettazione dalle prescrizioni controllo della qualità, finalizzate a definire le caratteristiche dei materiali e dei componenti da impiegare ai fini della loro accettabilità.

Quanto alle modalità di aggiudicazione degli appalti a rilevanza comunitaria si devono distinguere due fasi della procedura: dapprima l'individuazione dei possibili contraenti (fase di "preselezione" e accertamento dei requisiti che i contraenti devono soddisfare per essere ammessi alla gara), quindi la selezione del contraente prescelto (fase di "valutazione delle offerte").

Vi sono tre diversi metodi di preselezione (42):

- a. la procedura aperta: ogni contraente può presentare un'offerta. In questo caso non c'è una vera fase di preselezione ma solo la fase di ammissione dei soggetti, che viene svolta immediatamente prima rispetto alla fase di valutazione delle offerte;
- b. la procedura ristretta: possono partecipare solo i soggetti che siano risultati in possesso di determinati requisiti, specificati dall'amministrazione nel bando di gara;
- c. la procedura negoziata: possono partecipare solo i candidati scelti dall'ente aggiudicatore. La fase di preselezione in questo caso consiste sia nella verifica dei requisiti richiesti, sia nella scelta discrezionale in merito a quali tra i soggetti idonei debbano essere consultati. Il ricorso alla procedura negoziata è limitato a casi eccezionali e presenta delle caratteristiche molto particolari in quanto la selezione non avviene in base ad un'offerta formale ma attraverso la contrattazione tra i candidati e l'amministrazione. Si distinguono due modalità di espletamento della procedura negoziata, a seconda che questa sia preceduta o meno dalla pubblicazione del bando di gara. Nel primo caso tutte le imprese interessate hanno la possibilità di intervenire nella procedura e la decisione dell'ente aggiudicatore di non invitare alcuni richiedenti deve essere assunta in base a valutazioni imparziali e trasparenti; nel secondo caso, le imprese partecipanti sono direttamente scelte dall'amministrazione, mentre le altre imprese del settore non sono nemmeno in grado di sapere se è stata avviata una procedura di aggiudicazione. Le ipotesi in cui è ammesso il ricorso a quest'ultima modalità operativa sono assolutamente eccezionali e tassativamente previste.

Alla fase di preselezione fa seguito la fase di ammissione dei candidati, che avviene attraverso la verifica di alcuni requisiti espressamente richiesti e disciplinati dalle direttive comunitarie in materia. Si tratta di requisiti di natura morale (43), attinenti alla regolarità formale della situazione professionale dei candidati ed alla loro capacità tecnica ed economico-finanziaria. Per ognuno di tali requisiti sono stabilite le modalità attraverso le quali è possibile dimostrare il soddisfacimento di tali criteri (44).

Per gli appalti negli ex settori esclusi tale fase di accertamento non è prevista, in quanto è presente un sistema di qualificazione in forza del quale le amministrazioni aggiudicatrici hanno la possibilità di stilare preliminarmente un albo dei fornitori e prestatori al quale attingere per individuare i partecipanti alle procedure, senza necessità di ulteriori controlli e selezioni (45).

Una volta esaurita la fase di preselezione, dopo aver escluso talune categorie inidonee di prestatori o fornitori e previa verifica dell'idoneità dei candidati rispetto alla capacità economico-finanziaria ed alla competenza e capacità tecnica, le amministrazioni aggiudicatrici dovranno passare alla vera e propria fase di valutazione delle offerte (46), aggiudicando l'appalto al soggetto che, secondo una valutazione obiettiva ed imparziale, offra le migliori condizioni.

## 2. I criteri di aggiudicazione degli appalti comunitari previsti nelle direttive.



Le direttive comunitarie in materia di appalti pubblici prevedono due metodi di aggiudicazione (47):

- il *metodo del prezzo più basso*, nel quale l'unico elemento da prendere in considerazione è il prezzo richiesto e l'appalto deve essere aggiudicato all'offerente che richiede il prezzo meno elevato in termini assoluti, prescindendo dalle caratteristiche tecniche dell'opera, del prodotto o del servizio offerto;
- il *metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, nel quale si aggiudica l'appalto al candidato che offre le condizioni ritenute migliori a seguito di una comparazione economico-qualitativa. Le amministrazioni aggiudicatrici possono fondarsi su diversi elementi di valutazione, variabili a seconda dell'appalto di cui trattasi, quali il prezzo, il termine di consegna, il costo di utilizzazione, il rendimento, la qualità, il carattere estetico e funzionale, il valore tecnico, il servizio successivo alla vendita e l'assistenza tecnica (48). L'elenco non deve considerarsi esaustivo e tuttavia gli elementi ivi presenti sono accomunati dal fatto di essere criteri oggettivi, strettamente legati all'oggetto dell'appalto ed alle qualità della prestazione più che all'offerente. La maggiore discrezionalità connessa all'utilizzo di questo criterio di aggiudicazione comporta per l'amministrazione l'obbligo di enunciare nel capitolato d'onori o nel bando di gara tutti gli elementi in base ai quali essa intende formare la propria valutazione, possibilmente in ordine decrescente a seconda dell'importanza loro attribuita dall'amministrazione aggiudicatrice. Non è sufficiente allo scopo un semplice rinvio alle disposizioni della legge nazionale (49).

Nelle direttive comunitarie non è data alcuna indicazione circa i criteri di scelta tra i due metodi di aggiudicazione: si deve dunque ritenere che gli appalti di lavori, servizi e forniture di importo superiore alla soglia comunitaria siano indifferentemente aggiudicati con uno dei due metodi, lasciando ampia discrezionalità all'amministrazione (50).

Non sussiste neppure una stretta correlazione tra il metodo di aggiudicazione prescelto e la fase di preselezione: infatti, qualunque sia la procedura applicata (aperta, ristretta, negoziata), l'appalto può essere indifferentemente aggiudicato sia all'offerta con il prezzo più basso sia a quella economicamente più vantaggiosa.

## 2.1 Le offerte anomale.



Il criterio di aggiudicazione al prezzo più basso, caratterizzato da un'estrema rigidità e dall'assenza di discrezionalità in capo all'amministrazione, pur non ponendo grossi dilemmi interpretativi, presenta il rischio della cosiddetta "anomalia delle offerte". Un'offerta è considerata anomala quando presenta un prezzo troppo basso rispetto alla prestazione richiesta e non può quindi essere remunerativa per il candidato il quale, pur di ottenere l'aggiudicazione, rinuncia al compenso per le spese di gestione e all'utile, contravvenendo alle leggi di mercato e pregiudicando la regolare esecuzione dell'opera (51).

Per ovviare a questo problema, operando un bilanciamento fra l'interesse al regolare svolgimento del mercato e l'interesse alla libera concorrenza, l'ordinamento comunitario ha previsto che le offerte considerate anomale possano essere respinte dall'amministrazione aggiudicatrice: l'esclusione non deve tuttavia avvenire in modo automatico, ma verificando di volta in volta la concreta sussistenza dell'anomalia. In altre parole, la disciplina comunitaria non fissa alcun limite matematico che comporti l'automatica esclusione dell'offerta, bensì impone il contraddittorio tra l'amministrazione aggiudicatrice e il candidato.

L'amministrazione, nell'esercizio della sua discrezionalità tecnica, può decidere se verificare o meno la congruità dell'offerta (52). Se decide di procedere alla verifica, essa deve richiedere per iscritto all'offerente le precisazioni in merito agli elementi costitutivi dell'offerta considerati pertinenti e controllare detti elementi costitutivi tenendo conto di tutte le spiegazioni ricevute (53). Le direttive stabiliscono che l'amministrazione 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 (54).

La Corte di Giustizia ha stabilito che tale elenco non è tassativo e che al candidato deve essere riconosciuta la facoltà più ampia e completa di provare la serietà e l'attendibilità della propria offerta adducendo tutte le giustificazioni che ritenga utili, tenuto conto delle caratteristiche e della natura dell'appalto, e senza alcuna limitazione. E' pertanto incompatibile con la normativa comunitaria l'esclusione delle giustificazioni relative 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 come listini prezzi, mercuriali, quotazioni di borsa e simili. Secondo la Corte, una tale limitazione si risolverebbe in un ostacolo alla concorrenza tra imprese comunitarie le quali potrebbero vedere escluse le proprie offerte perché giustificate da considerazioni diverse da quelle previste dalle norme nazionali (55).

Nel caso in cui si verificano indebite restrizioni alla possibilità di presentare giustificazioni, i giudici e le amministrazioni appaltanti dovranno disapplicare le normative interne e applicare direttamente le corrispondenti disposizioni comunitarie (56).

L'apertura indiscriminata di qualunque tipo di giustificazione da parte dei candidati le cui offerte sono sospettate di anomalia se, da un lato, presenta il vantaggio di tutelare la concorrenza e la parità di trattamento tra le imprese comunitarie, dall'altro nasconde il pericolo di ammettere il ribasso dei prezzi a discapito delle normative poste a garanzia, ad esempio, dei lavoratori o dell'ambiente. Per ovviare a questo problema sarebbe opportuno che la Corte prendesse posizione in merito alla possibilità di presentare giustificazioni riguardanti valori minimi stabiliti da norme inderogabili nazionali, , affinché venga assicurato, quantomeno, uno *standard* minimo di tutela.

## 2.2 L'introduzione di varianti.



Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa presenta i maggiori problemi applicativi in quanto comporta un giudizio discrezionale dell'amministrazione volto ad accertare l'offerta migliore non solo sotto il profilo economico ma anche dal punto di vista tecnico e qualitativo.

Le direttive comunitarie, oltre a segnalare alcuni degli elementi che possono essere presi in considerazione dall'amministrazione, prevedono la possibilità per gli enti aggiudicatori di indicare nel bando di gara la configurabilità delle cosiddette "varianti" (57). Si tratta di un importante incentivo per gli operatori economici e per la ricerca di nuove tecnologie e soluzioni, e consiste nella possibilità che siano presentate offerte che, pur discostandosi dalle specifiche tecniche indicate dall'amministrazione, soddisfino comunque i requisiti richiesti.

L'ammissione di varianti è prevista soltanto qualora l'aggiudicazione avvenga in base all'offerta più vantaggiosa, poiché l'esame di una variante e il suo raffronto con offerte conformi alle specifiche tecniche possono essere effettuati equamente soltanto se il giudizio prevede diversi criteri di valutazione e non solo quello del prezzo più basso. L'amministrazione ha la facoltà di decidere se vietare o ammettere varianti: se le vieta, è tenuta ad indicarlo nel bando di gara, se le accetta può anche non farne menzione nel bando, ma ha l'onere di precisare nel capitolato d'onere le condizioni minime che esse devono rispettare, nonché le modalità di presentazione da parte degli offerenti.

Naturalmente le varianti verranno valutate solo qualora soddisfino i requisiti minimi richiesti dai documenti tecnici.

La possibilità di prendere in considerazione la presentazione di varianti costituisce un valido espediente per introdurre criteri cosiddetti "sostenibili" nelle procedure di aggiudicazione degli appalti in quanto consente alle amministrazioni aggiudicatrici di scegliere l'opzione che, nel rispetto dei requisiti minimi, meglio risponda ad esigenze sia di natura finanziaria sia di natura sociale o ambientale (58). Le varianti potrebbero infatti riguardare, ad esempio, soluzioni tecniche atte a garantire la fruibilità da parte dei disabili di materiali o servizi così come un livello più alto di

protezione dell'ambiente o l'uso di uno specifico procedimento di produzione, non richiesto nella definizione *standard*.

### 3. Le nuove proposte di direttiva.



Nel programma di lavoro per il 2000, la Commissione ha annunciato l'elaborazione di una proposta di modifica delle direttive in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, anche riguardo agli *ex* settori esclusi.

Tale proposta, presentata già nel corso del 2000 (59) e oggi al vaglio del Parlamento e del Consiglio europeo, si propone di semplificare il quadro normativo esistente, riunendo le precedenti direttive in un testo unico per gli appalti di forniture, lavori e servizi ordinari, mentre gli appalti negli *ex* settori esclusi continueranno ad essere trattati separatamente (60).

Gli aspetti sui quali si è concentrato l'intervento di modifica sono stati: l'introduzione di meccanismi di committenza per via elettronica e la conseguente abbreviazione dei termini della procedura di aggiudicazione; l'introduzione di una nuova ipotesi di procedura negoziata nel caso di appalti particolarmente complessi; la possibilità per i committenti pubblici di stipulare degli accordi "quadro", nell'ambito dei quali possono essere aggiudicati appalti senza applicare per ciascuno di essi il complesso degli obblighi della direttiva; il chiarimento delle disposizioni relative alle specifiche tecniche; il rafforzamento delle disposizioni relative ai criteri di aggiudicazione e alla selezione dei candidati; la semplificazione delle soglie; l'introduzione di un vocabolario comune per gli appalti.

In particolare, per ciò che qui interessa, relativamente ai criteri di aggiudicazione degli appalti le nuove proposte, da un lato, ribadiscono come questi possano essere unicamente il prezzo più basso e l'offerta economicamente più vantaggiosa, dall'altro, includono, tra gli esempi di criteri utilizzabili ai fini di individuare l'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico, le caratteristiche ambientali, specificando tuttavia che esse (come gli altri criteri) dovranno essere "*direttamente connesse all'oggetto dell'appalto*" (61).

Altra importante novità è costituita dal fatto che le amministrazioni aggiudicatrici dovranno indicare sin dall'inizio della procedura la ponderazione relativa attribuita a ciascuno dei criteri menzionati, non bastando più l'indicazione del semplice ordine decrescente di importanza dei criteri (62).

Lo scopo è naturalmente quello di aumentare la trasparenza della fase di valutazione ed evitare per quanto possibile scelte arbitrarie da parte degli enti aggiudicatori.

Le novità introdotte sono certamente significative ed assecondano la tendenza a dare una maggiore importanza ai criteri cosiddetti "sostenibili" anche in fase di valutazione delle offerte, tendenza del resto espressa dalla Commissione anche nei suoi precedenti interventi.

Tuttavia non si può non rilevare come l'apertura a tali nuovi criteri sia ancorata al rispetto di condizioni ben precise, quali lo stretto legame con l'oggetto dell'appalto e il vantaggio economico diretto per l'amministrazione, che di fatto ne limitano la portata innovativa. Le modifiche introdotte alle direttive con riguardo ai criteri di aggiudicazione degli appalti hanno, ciò nondimeno, il merito di dare una maggiore visibilità alle istanze di tutela ambientale anche nel settore degli appalti pubblici.

\* \* \*



(26) Si veda G. Morbidelli e M. Zoppolato, "*Gli appalti pubblici*" in M. P. Chiti e G. Greco, "*Trattato di*

*diritto amministrativo europeo*", I, Milano, 1997, p. 214 e ss.

(27) Trattasi, rispettivamente, dei seguenti provvedimenti:

- Direttiva 71/305/CEE del Consiglio che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, sostituita dalla direttiva 93/37/CEE del Consiglio, a sua volta modificata dalla direttiva 97/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio;
- Direttiva 77/62/CEE del Consiglio che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, sostituita dalla direttiva 93/36/CEE del Consiglio, a sua volta modificata dalla direttiva 97/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio;
- Direttiva 92/50/CEE del Consiglio che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, modificata dalla direttiva 97/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio;
- Direttiva 93/38/CEE del Consiglio 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, modificata dalla direttiva 98/4/CE del Parlamento europeo e del Consiglio;
- Direttiva 89/665/CEE del Consiglio che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, di lavori e di servizi;
- Direttiva 92/13/CEE del Consiglio che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle normative comunitarie in materia di 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.

Il testo consolidato di alcune delle direttive, comprensivo delle modifiche successivamente introdotte è rinvenibile nel sito: [http://europa.eu.int/eur-lex/it/consleg/ind/it\\_analytical\\_index\\_06.html](http://europa.eu.int/eur-lex/it/consleg/ind/it_analytical_index_06.html)

(28) Si tratta dell'accordo firmato a Marrakech il 15.4.1994, approvato dal Consiglio con la decisione n. 94/800/CEE.

(29) Cfr. art. 1 delle direttive 93/36, 93/37, 92/50 e 93/38.

(30) Cfr. art. 1, lett. c) della direttiva 93/37.

(31) Si distingue dall'appalto di lavori la concessione di lavori pubblici, che è riferibile ai contratti aventi le medesime caratteristiche di un appalto di lavori ad eccezione del fatto che *"la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo"* (cfr. art. 1, lett. d) della direttiva 93/36). Alle concessioni di lavori pubblici si applicano le sole disposizioni in materia di pubblicità.

(32) Si veda art. 1, lett. a) della direttiva 93/37. Limitatamente alle forniture nel settore delle telecomunicazioni sono compresi nella definizione anche i servizi software, cfr. A. Barone, *"Gli appalti pubblici"*, in A. Tizzano, *"Il diritto privato dell'Unione Europea"*, I, Torino, 2000, p. 577.

(33) L'allegato I A comprende servizi di manutenzione e riparazione, servizi di trasporto terrestre e aereo, di trasporto di posta, di telecomunicazione, servizi finanziari, informatici, di ricerca e sviluppo, di contabilità, revisione dei conti e tenuta dei libri contabili, di ricerca di mercato e sondaggio dell'opinione pubblica, di consulenza gestionale, di pubblicità, di pulizia, di gestione delle proprietà immobiliari, di editoria, di stampa, di eliminazione degli scarichi fognari e di rifiuti, di disinfestazione; l'allegato I B contempla tutti gli altri servizi, in particolare, quelli alberghieri e di ristorazione, di trasporto per ferrovia e per acqua, legali, di collocamento e reperimento del personale, di investigazione e di sicurezza, relativi all'istruzione, sanitari e sociali, ricreativi, culturali e sportivi.

(34) La definizione di "organismo di diritto pubblico" ha suscitato un vivace dibattito sia a livello comunitario che nazionale: non potendo approfondire il tema in questa sede, si dà atto della definizione della figura contenuta nell'art. 1 lett. b) rispettivamente delle direttive 93/36, 93/37, 92/50, secondo la quale per organismo di diritto pubblico deve intendersi *"qualsiasi organismo istituito per soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, dotato di personalità giuridica e la cui attività sia finanziata prevalentemente dallo Stato o sia soggetta al controllo di quest'ultimo"*. Per un quadro riassuntivo della problematica si veda G. Greco, *Il sistema comunitario degli appalti pubblici*, in *"Rivista italiana di diritto pubblico comunitario"*, 1997, p. 1333 e segg.

(35) Cfr. rispettivamente art. 2 della direttiva 93/37 e art. 3, comma 3 della direttiva 92/50

(36) Sono considerate "imprese pubbliche" le imprese su cui le autorità pubbliche possono esercitare direttamente o indirettamente un'influenza dominante; cfr. art. 1 della direttiva 93/38.

(37) Cfr. art. 2 della direttiva 93/38.

(38) Per la determinazione di tali valori, espressi in ECU, si rimanda all'art. 3.1 della direttiva 93/37, all'art. 5.1 della direttiva 93/36, all'art. 7 della direttiva 92/50, all'art. 14 della direttiva 93/38.

(39) Cfr. art. 9 della direttiva 93/36, art. 11 della direttiva 93/37, art. 17 della direttiva 92/50, art. 21 della direttiva 93/38. Le norme in materia di pubblicità concernono anche l'obbligo di pubblicare i c.d. "avvisi indicativi annuali" contenenti la sintesi dei programmi di attività delle amministrazioni per l'anno successivo, nonché gli avvisi di aggiudicazione degli appalti.

(40) Cfr. art. 8 della direttiva 93/36, art. 10 della direttiva 93/37 e art. 14 della direttiva 92/50, art. 18 della direttiva 93/38.

(41) Trattasi in particolare di:

- norme europee, approvate dal Comitato europeo di normalizzazione o dal Comitato di normalizzazione elettronica;

- specifiche tecniche comuni, elaborate secondo una procedura riconosciuta dagli Stati membri e pubblicata in Gazzetta Ufficiale;

- omologazione tecnica europea, ovvero la valutazione tecnica favorevole circa l'idoneità all'impiego di un prodotto, rilasciato dai singoli Stati membri; cfr. A. Barone, *cit.*, p. 581.

(42) Cfr. art. 6 della direttiva 93/36, art. 7 della direttiva 93/37, art. 11 della direttiva 92/50 e art. 20 della direttiva 93/38.

(43) In particolare, è prevista l'esclusione di chi sia in stato di fallimento, liquidazione o altra situazione equivalente, di chi abbia riportato una condanna passata in giudicato per qualsiasi reato che incida sulla moralità professionale, di chi abbia commesso nella propria attività professionale un errore grave, di chi non sia in regola con gli adempimenti contributivi e fiscali e di chi si sia reso colpevole di false dichiarazioni in relazione alle sopraccitate circostanze: cfr. art. 20 della direttiva 93/36, art. 24 della direttiva 93/37 e art. 29 della direttiva 92/50.

(44) Cfr. sentenza della Corte di Giustizia 10.2.1982, in causa 76/81, *Transporoute e travaux contro Ministero dei lavori pubblici*, in cui si afferma che uno Stato membro non può pretendere da un offerente con sede in altro Stato membro la prova del fatto che egli soddisfa le condizioni di cui alla direttiva 71/305 e relativa alla sua buona reputazione e alla sua qualificazione con mezzi, quale l'autorizzazione di stabilimento, diversi da quelli enunciati nella direttiva stessa.

(45) Cfr. art. 30 della direttiva 93/38.

(46) Cfr. sent Beentjes, *cit.*, in cui si afferma che "*l'accertamento dell'idoneità degli imprenditori ad eseguire i lavori da dare in appalto e l'aggiudicazione del contratto sono due operazioni diverse nell'ambito del procedimento per la conclusione di un contratto di appalto di lavori pubblici*".

(47) Limitatamente agli appalti di lavori pubblici e agli appalti negli ex settori esclusi, è prevista la possibilità, per le amministrazioni aggiudicatrici, di basarsi su criteri di attribuzione diversi nel quadro di certe legislazioni nazionali miranti a far beneficiare alcune categorie di offerenti, sempre che tale legislazione sia compatibile con il Trattato, cfr. art. 30 della direttiva 93/37 e art. 35 della direttiva 93/38. Era inoltre previsto, fino al 31.12.1992, la possibilità per gli Stati di applicare diversi criteri di aggiudicazione aventi l'obiettivo di ridurre le disparità regionali e di promuovere l'occupazione nelle regioni meno favorite, cfr. art. 31 della direttiva 93/37. Tali eccezioni erano previste gli appalti di forniture ma sono state eliminate dalla direttiva 93/36.

(48) Cfr. art. 26 della direttiva 93/36, art. 30 della direttiva 93/37, art. 36 della direttiva 92/50 e art. 34 della direttiva 93/38.

(49) Cfr. causa C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV contro Paesi Bassi*, punto 35: la Corte ha affermato

che quando le amministrazioni "si fondano su vari criteri per procedere all'aggiudicazione in favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sono tenute a menzionare questi criteri nel bando di gara o nel capitolato d'onere e che, di conseguenza, un generico rinvio ad una disposizione della normativa nazionale non può soddisfare questa esigenza di pubblicità".

(50) E' interessante notare come in Italia tale spazio di discrezionalità sia stato notevolmente limitato dalla legislazione nazionale, anche dopo il formale recepimento delle direttive comunitarie, attraverso il ricorso a meccanismi "automatici", quale il criterio matematico della media introdotto dalla legge n. 14/1973 e confermato dalla successiva legge n. 741/1981, secondo il quale l'appalto veniva aggiudicato all'impresa che avesse presentato l'offerta pari o più vicina, per difetto, al prezzo medio calcolato in base alla metà delle offerte più basse. E' intervenuta in proposito la Corte di Giustizia, con la sentenza resa nella causa C-274/83, *Commissione delle Comunità economiche europee contro Repubblica Italiana*, che ha ritenuto la normativa italiana incompatibile con le prescrizioni comunitarie. Tale resistenza, da parte dell'Italia, nel recepire i criteri di aggiudicazione dell'offerta prescritti dalle direttive comunitarie si spiega in considerazione del clima di estrema diffidenza nei confronti di un ampio potere discrezionale da parte della pubblica amministrazione creatosi a seguito episodi di corruzione e di aggiudicazioni "poco chiare": cfr. A. Barone, *cit.*, p. 594.

(51) Le direttive comunitarie non danno una definizione della nozione di offerta anormalmente bassa e non determinano il modo di calcolo della soglia di anomalia. Cfr. per la definizione fornita nel testo, G. Morbidelli e M. Zoppolato, *cit.*, p. 263.

(52) Al riguardo, l'Italia ha avuto diversi problemi nel recepimento delle direttive e ha cercato, anche in questo caso, di ridurre al massimo la discrezionalità dell'amministrazione attraverso il ricorso a meccanismi di esclusione automatica delle offerte ritenute eccessivamente basse rispetto a delle "soglie di anomalia" calcolate sulla base di criteri matematici. Diverse sono state le pronunce della Corte di Giustizia in proposito, da ultima la sentenza del 27.11.2001 pronunciata nelle cause riunite C-285/99 e C-286/99, *Impresa Lombardini S.p.a. e Impresa Ing. Mantovani S.p.a. contro ANAS S.p.a* (in seguito "sent. Lombardini"), in cui la Corte, rifacendosi alla precedente sentenza del 22.6.1989 relativa alla causa C-103/88, *Fratelli Costanzo Spa contro Comune di Milano ed Impresa Ing. Lodigiani Spa*, ha stabilito che "il diritto comunitario non si oppone, in via di principio, a che un criterio matematico venga utilizzato al fine di determinare quali offerte appaiano anormalmente basse, purchè tuttavia il risultato al quale perviene l'applicazione di tale criterio non sia immutabile e sia rispettato il requisito di una verifica in contraddittorio di tali offerte": cfr. punto 73 della sent. Lombardini. Si veda il commento di R. De Nictolis, apparso nella rivista "Urbanistica e appalti", n. 1/2002, p. 230 e ss.

(53) La normativa italiana è stata censurata anche laddove impone ai candidati la presentazione di giustificazioni preventive a corredo dell'offerta. La Corte nella sent. Lombardini, *cit.*, ha infatti affermato la necessità che il contraddittorio sia successivo e non anticipato, affinché ogni offerente sospettato di aver presentato un'offerta anormalmente bassa possa adeguatamente difendersi sugli elementi specifici che hanno suscitato perplessità da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. Allo scopo la Corte scandisce i diversi passaggi che devono essere svolti dall'amministrazione per verificare l'anomalia di un'offerta e che possono essere così riassunti: in primo luogo, identificare le offerte sospette, in secondo luogo, consentire alle imprese interessate di dimostrarne la serietà, chiedendo loro le spiegazioni che ritiene opportune, in terzo luogo, valutare la pertinenza dei chiarimenti forniti dagli interessati e in quarto luogo, adottare una decisione circa l'accoglimento o il rigetto di tali offerte. Di conseguenza si può ritenere che i requisiti relativi al carattere contraddittorio della procedura di verifica delle offerte anormalmente basse siano rispettati solo nella misura in cui siano state compiute successivamente tutte le fasi sopra descritte. Si veda R. De Nictolis, *cit.*, p. 34.

(54) Cfr. art. 27 della direttiva 93/36, art. 30 della direttiva 93/37, art. 37 della direttiva 92/50, art. 34 della direttiva 93/38.

(55) Il problema è stato sollevato nel caso Lombardini in relazione all'art. 21 della legge n. 109/94 che è stato giudicato in contrasto con la normativa comunitaria nella parte in cui ammette solamente le giustificazioni fondate sull'economicità del procedimento di costruzione o delle soluzioni tecniche adottate o sulle condizioni particolarmente favorevoli di cui gode l'offerente, escludendo tutte le altre. Ne consegue che non potranno più imporsi giustificazioni tassative o escludersi giustificazioni relative ad elementi con valore minimo predeterminato. La questione più delicata si pone in relazione ai valori minimi inderogabili disposti per legge (ad esempio in materia di costo della manodopera). Infatti, qualora anche questi elementi potessero essere oggetto di giustificazioni da parte di un'impresa candidata all'aggiudicazione dell'appalto, si dovrebbe ammettere la possibilità che il candidato scenda al di sotto del limite inderogabile imposto dalla legge. La Corte non si è pronunciata su tale specifico profilo, e la dottrina nazionale ha ritenuto che gli elementi con valore minimo predeterminato riguardassero solo i

valori minimi stabiliti da leggi, regolamenti, listini prezzi con valore solo indicativo, ad esclusione dei valori minimi inderogabili, fissati a garanzia di interessi generali, quali i costi minimi del lavoro o della sicurezza. Merita menzione, a questo proposito, l'articolo unico della legge n. 327/2000 in materia di "*Valutazione dei costi del lavoro e della sicurezza nelle gare d'appalto*", in cui si stabilisce l'obbligo a carico delle amministrazioni di valutare, nel giudizio di anomalia, che il valore economico dell'offerta sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro come determinato periodicamente in apposite tabelle del Ministero del Lavoro e della Previdenza sociale. La dottrina ritiene che, in caso di offerta in cui talune componenti del costo del lavoro sono indicate in misura inferiore ai minimi inderogabili, la normativa in materia di valutazione dei costi del lavoro e della sicurezza non si applichi; cfr. R. De Nicolis, *Offerte anomale e costo del lavoro e della sicurezza*, in "*Urbanistica e appalti*" n. 4/2001, p. 379 e ss. La legge sopracitata riveste una notevole importanza nell'ottica della possibile introduzione di criteri sociali nell'aggiudicazione degli appalti, sebbene la sua applicazione si espliciti soltanto in "negativo": l'amministrazione potrà escludere le offerte che non appaiano congrue alla luce dei parametri relativi al costo del lavoro e alla sicurezza. In questo modo, anche se indirettamente, vengono inseriti dei criteri attinenti alla politica sociale per stabilire un livello minimo di garanzia al di sotto del quale le offerte potranno venire rifiutate in quanto anomale.

(56) Si discute riguardo al potere del giudice amministrativo di disapplicare gli atti di gara adottati in attuazione di norme interne contrarie al diritto comunitario. La giurisprudenza consolidata del Consiglio di Stato nega la possibilità di disapplicazione e afferma che i giudici amministrativi possono solo disporre l'annullamento dei bandi di gara, qualora siano stati impugnati nei termini decadenziali decorrenti dal momento stesso della loro adozione. In caso contrario la previsione illegittima, recepita nel bando di gara, si cristallizza nelle regole costituenti la "legge speciale di gara": si veda Consiglio di Stato, sez. V, 1.8.2001, n. 4191, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2001, I, p. 1218. Una soluzione di tal genere si dimostra inadeguata sotto il profilo sia dell'effettività della tutela dei diritti delle imprese, sia della garanzia del principio di legalità, soprattutto nel caso in cui una norma di gara riproduca pedissequamente una prescrizione di legge in aperto contrasto con la normativa comunitaria. Si attende pertanto una pronuncia della Corte di Giustizia che chiarisca la questione della disapplicazione da parte dei giudici amministrativi, non solo delle norme interne ma anche degli atti di gara contrastanti con il diritto comunitario: cfr. F. Iacovone, *Offerte anomale, tutte le voci di prezzo utilizzabili per giustificare il ribasso*, in "*Edilizia e territorio*", n. 47/2001, p. 50.

(57) Cfr. art. 16 della direttiva 93/36, art. 19 della direttiva 93/37, art. 24 della direttiva 92/50, art. 34 della direttiva 93/38.

(58) Cfr. *infra*.

(59) Cfr. COM (2000) 275 del 30.8.2000, *Coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, servizi, e lavori*.

(60) COM (2000) 276 del 30.8.2000, *Coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua, di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto*.

(61) Cfr. art. 33 della proposta contenuta in COM (2000) 275, cit. e art. 54 della proposta contenuta in COM (2000) 276, cit.

(62) Cfr. considerando n. 41 della proposta contenuta in COM (2000) 275.