

SENTENZA DELLA CORTE

22 giugno 1989 *

Nel procedimento 103/88,

avente ad oggetto la domanda di pronunzia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 177 del trattato CEE, dal tribunale amministrativo regionale per la Lombardia nella causa dinanzi ad esso pendente tra

Fratelli Costanzo SpA, con sede in Misterbianco,

e

Comune di Milano,

domanda vertente sull'interpretazione dell'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 del Consiglio del 26 luglio 1971, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5), e dell'art. 189, terzo comma, del trattato,

LA CORTE,

composta dai signori O. Due, presidente, R. Joliet e F. Grévisse, presidenti di sezione, Sir Gordon Slynn, G. F. Mancini, F. A. Schockweiler e J. C. Moitinho de Almeida, giudici,

avvocato generale: C. O. Lenz

cancelliere: H. A. Rühl, amministratore principale

viste le osservazioni presentate:

— per la Fratelli Costanzo SpA, ricorrente nella causa principale, dagli avv. ti L. Acquarone, M. Ali, F. P. Pugliese, M. Annoni e G. Ciampoli, nella fase scritta, e dall'avv. L. Acquarone, nella fase orale,

* Lingua processuale: l'italiano.

- per il comune di Milano, resistente nella causa principale, dagli avv. ti P. Marchese, C. Lopopolo e S. Ammendola, nella fase scritta, e dall'avv. P. Marchese, nella fase orale,
- per l'impresa ing. Lodigiani SpA, controinteressata nella causa principale, dagli avv. ti E. Zauli e G. Pericu, nella fase scritta, e dall'avv. G. Pericu, nella fase orale,
- per il governo del Regno di Spagna dal sig. J. Conde de Saro e dalla sig. ra R. Silva de Lapuerta, in qualità di agenti, nella fase scritta, e dalla sig. ra R. Silva de Lapuerta, in qualità d'agente, nella fase orale,
- per il governo della Repubblica italiana dal prof. L. Ferrari Bravo, capo del servizio del contenzioso diplomatico presso il Ministero degli affari esteri, in qualità d'agente, assistito dal sig. I. M. Braguglia, avvocato dello Stato,
- per la Commissione delle Comunità europee dal sig. G. Berardis, membro del servizio giuridico, in qualità d'agente, nella fase scritta e nella fase orale,

vista la relazione d'udienza e a seguito della trattazione orale del 7 marzo 1989, sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 25 aprile 1989,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 Con ordinanza 16 dicembre 1987, pervenuta in cancelleria il 30 marzo 1988, il tribunale amministrativo regionale per la Lombardia ha sottoposto a questa Corte, ai sensi dell'art. 177 del trattato CEE, varie questioni pregiudiziali relative all'interpretazione dell'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 del Consiglio del 26 luglio 1971,

che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5), e dell'art. 189, terzo comma, del trattatc .

2 Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di un procedimento promosso dalla Fratelli Costanzo SpA (in prosieguo: « Costanzo ») per l'annullamento della deliberazione con cui la giunta municipale di Milano ha escluso l'offerta presentata dalla Costanzo in una gara d'appalto di lavori pubblici ed ha aggiudicato l'appalto all'impresa ing. Lodigiani SpA (in prosieguo: « Lodigiani »).

3 L'art. 29, n. 5, della suddetta direttiva 71/305 del Consiglio recita:

« Qualora, per un determinato appalto, talune offerte presentino manifestamente un carattere anormalmente basso rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice ne verifica la composizione prima di decidere in merito all'aggiudicazione dell'appalto. Essa tiene conto del risultato di tale verifica.

All'uopo, essa chiede all'offerente di fornire le giustificazioni necessarie, segnalandogli eventualmente quelle ritenute inaccettabili.

Se i documenti relativi all'appalto prevedono l'aggiudicazione al prezzo più basso, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a motivare il rigetto delle offerte ritenute troppo basse presso il comitato consultivo istituito con decisione del Consiglio del 26 luglio 1971 ».

4 L'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 è stato recepito nell'ordinamento italiano con l'art. 24, terzo comma, della legge 8 agosto 1977, n. 584, recante norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità economica europea (GURI n. 232 del 26.8.1977, pag. 6272). Questa disposizione è redatta come segue:

« Se, per un determinato appalto, talune offerte risultano basse in modo anomalo rispetto alla prestazione, il soggetto appaltante, richiESTE all'offerente le necessarie giustificazioni, segnalandogli eventualmente quelle ritenute inaccettabili, verifica la composizione delle offerte e può escluderle se non le considera valide; in tal caso,

se l'appalto è bandito col criterio dell'aggiudicazione al prezzo più basso, il soggetto appaltante è tenuto a comunicare il rigetto delle offerte, con la relativa motivazione, al Ministero dei lavori pubblici il quale ne curerà la trasmissione al comitato consultivo per gli appalti di lavori pubblici della Comunità economica europea, entro il termine di cui al primo comma dell'art. 6 ».

5 Successivamente, nel 1987, il governo italiano ha emanato, uno dopo l'altro, tre decreti legge che hanno apportato modifiche provvisorie all'art. 24, terzo comma, della legge n. 584 (decreto legge 25 maggio 1987, n. 206, GURI n. 120 del 26.5.1987, pag. 5; decreto legge 27 luglio 1987, n. 302, GURI n. 174 del 28.7.1987, pag. 3; decreto legge 25 settembre 1987, n. 393, GURI n. 225 del 26.9.1987, pag. 3).

6 Ciascuno dei suddetti decreti legge contiene un art. 4, redatto in termini identici, che così recita:

« Al fine dell'accelerazione delle procedure relative all'affidamento degli appalti di opere pubbliche e per un periodo di due anni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sono considerate anomale, ai sensi dell'art. 24, terzo comma, della legge 8 agosto 1977, n. 584, e sono escluse dalla gara le offerte che presentano una percentuale di ribasso superiore alla media delle percentuali delle offerte ammesse, incrementata da un valore percentuale che dovrà essere indicato nel bando o nell'avviso di gara ».

7 Non essendo stati convertiti in legge entro il termine prescritto dalla costituzione italiana, i citati decreti legge hanno perduto efficacia. Tuttavia, una legge successiva ha precisato che restano validi gli atti emanati in base ad essi (art. 1, n. 2, della legge 25 novembre 1987, n. 478, GURI n. 277 del 26.11.1987, pag. 3).

8 In vista delle partite del campionato mondiale di calcio che nel 1990 si svolgeranno in Italia, il comune di Milano ha indetto una licitazione privata per l'aggiudicazione dei lavori di modifica di uno stadio. Il criterio di aggiudicazione prescelto era quello del prezzo più basso.

- 9 Risulta dal bando di gara che, conformemente all'art. 4 del citato decreto legge 25 maggio 1987, n. 206, sarebbero state considerate anomale e quindi escluse dalla gara le offerte che avessero presentato una maggiorazione inferiore del 10% alla maggiorazione media, rispetto all'importo base fissato come prezzo dei lavori, di tutte le offerte ammesse a gareggiare.

- 10 Le offerte presentate sono risultate superiori, in media, del 19,48% all'importo base fissato come prezzo dei lavori. Conformemente al bando di gara tutte le offerte che non superavano almeno del 9,48% l'importo base dovevano essere automaticamente escluse.

- 11 L'offerta della Costanzo risultò inferiore all'importo base. Di conseguenza, la giunta municipale di Milano, basandosi sull'art. 4 del decreto legge 25 settembre 1987, n. 393, che nel frattempo aveva sostituito il decreto legge richiamato nel bando di gara, ha escluso dalla gara l'offerta della Costanzo e ha aggiudicato l'appalto alla Lodigiani, che aveva presentato l'offerta inferiore fra quelle che rispondevano al requisito stabilito nel bando di gara.

- 12 La Costanzo ha impugnato la suddetta deliberazione dinanzi al tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, deducendone l'illegittimità perché basata su un decreto legge incompatibile con l'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 del Consiglio.

- 13 Il predetto tribunale ha pertanto sospeso il procedimento e ha sottoposto alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

« A — Premesso che, in base all'art. 189 del trattato CEE, le norme contenute in una direttiva possono riguardare il “risultato da raggiungere” (in seguito: “norme di risultato”) oppure possono concernere “la forma e i mezzi” per raggiungere un certo risultato (in seguito: “norme di forma e di mezzi”), dica la Corte se la norma contenuta nell'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 del Consiglio del 26 luglio 1971, (nella parte in cui prevede che — in caso di offerta che presenti manifestamente un carattere anormalmente basso — l'amministrazione deve proce-

dere ad una “verifica della composizione”, con obbligo di richiedere all’offerente le giustificazioni necessarie, segnalandogli quelle ritenute inaccettabili) sia una “norma di risultato” ed abbia, comunque, carattere tale che la Repubblica italiana era tenuta a recepire tale norma, senza potere apportare ad essa alcuna sostanziale modifica (come effettivamente è stato fatto con l’art. 24, terzo comma, legge 8 agosto 1977, n. 584) oppure se si tratti di una “norma di forma e di mezzi”, tale cioè che la Repubblica italiana potesse derogare ad essa, disponendo che in caso di offerte anormalmente basse, l’offerente debba essere escluso *automaticamente* dalla gara, senza alcuna “verifica della composizione” e senza alcuna richiesta di “giustificazione” all’offerente (di “offerta anomala”).

B — Ove al quesito sub A si dia risposta negativa (nel senso che la norma contenuta nell’art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 sia “norma di forma e di mezzi”) dica la Corte:

B — 1. se la Repubblica italiana [dopo avere recepito la norma predetta (con la legge 8 agosto 1977, n. 584) senza apportare alcuna modifica sostanziale per quanto riguarda il procedimento da seguire in caso di offerta anormalmente bassa] conservasse ancora il potere di modificare la norma interna di recepimento: in particolare, se gli artt. 4 — di contenuto uguale — dei decreti legge 25 maggio 1987, n. 206, 27 luglio 1987, n. 302, e 25 settembre 1987, n. 393, potessero modificare l’art. 24 della legge 8 agosto 1977, n. 584;

B — 2. se gli artt. 4 — di contenuto uguale — dei decreti legge 25 maggio 1987, n. 206, 27 luglio 1987, n. 302, e 25 settembre 1987, n. 393, potessero modificare l’art. 29, n. 5, direttiva 71/305, così come recepito dalla legge 8 agosto 1977, n. 584, senza adeguata motivazione sul punto, tenuto conto del fatto che la motivazione — essendo necessaria per gli atti normativi comunitari (argomento ex art. 190 trattato CEE) — sembra necessaria anche per gli atti *normativi* “interni” che siano posti in attuazione di norme comunitarie (e che sono pertanto atti normativi “subprimari”, a cui, nel silenzio dei testi, non può non applicarsi la regola della motivazione degli atti normativi “primari”).

C — Dica la Corte se, comunque, sussiste contrasto fra la norma contenuta nell’art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 e le norme contenute:

- a) nell'art. 24, terzo comma, della legge 8 agosto 1977, n. 584 (quest'ultima si riferisce ad offerte "basse in modo anomalo", mentre la direttiva riguarda le offerte che presentino "*manifestamente*" un carattere anormalmente basso e soltanto in presenza del carattere "manifestamente" anomalo prevede la verifica della composizione ecc.);
- b) negli artt. 4 dei decreti legge 25 maggio 1987, n. 206, 27 luglio 1987, n. 302, e 25 settembre 1987, n. 393 (questi ultimi escludono la previa verifica della composizione, con richiesta di chiarimenti alla parte offerente, contrariamente a quanto previsto dall'art. 29, n. 5, della direttiva; inoltre i decreti legge, ricordati sopra, *non* si riferiscono alle offerte "manifestamente" anomale e in ciò sembrano viziati, al pari della legge 8 agosto 1977, n. 584).

D — (Ove la Corte di giustizia ritenga che le citate norme contenute nei citati atti normativi italiani siano in contrasto con la norma contenuta nell'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305) dica la Corte di giustizia se l'amministrazione comunale avesse il potere-dovere di "disapplicare" le norme interne contrastanti con la detta norma comunitaria (eventualmente "interrogando" l'amministrazione centrale) o se tale potere-dovere di disapplicazione sia attribuito soltanto ai giudici nazionali ».

- 14 Per una più ampia illustrazione degli antefatti della causa principale, della normativa pertinente, dello svolgimento del procedimento e delle osservazioni scritte presentate alla Corte si fa rinvio alla relazione d'udienza. Questi elementi del fascicolo sono richiamati solo nella misura necessaria alla comprensione del ragionamento della Corte.

Sulla seconda parte della terza questione e sulla prima questione

- 15 Con la seconda parte della terza questione il giudice nazionale chiede in sostanza se l'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 del Consiglio vieti agli Stati membri di emanare disposizioni che prescrivano l'esclusione d'ufficio dagli appalti di lavori pubblici di talune offerte determinate secondo un criterio matematico, invece di obbligare l'amministrazione aggiudicatrice ad applicare la procedura di verifica in contraddittorio prevista dalla direttiva. Con la prima questione esso chiede se gli Stati membri, nel recepire la direttiva 71/305 del Consiglio, possano scostarsi in misura sostanziale da quanto prescrive l'art. 29, n. 5, della stessa direttiva.

- 16 Per quanto riguarda la seconda parte della terza questione, si deve ricordare che l'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 prescrive all'autorità aggiudicatrice di verificare la composizione delle offerte che presentino manifestamente carattere anormalmente basso e, a questo scopo, le impone di chiedere all'offerente di fornire le giustificazioni necessarie. La stessa disposizione fa obbligo all'amministrazione aggiudicatrice di segnalare eventualmente all'offerente le giustificazioni ritenute inaccettabili. Infine, qualora il criterio di aggiudicazione adottato sia quello del prezzo più basso, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a motivare il rigetto delle offerte ritenute troppo basse presso il comitato consultivo istituito con la decisione del Consiglio 26 luglio 1971 (GU L 185, pag. 15).
- 17 Il comune di Milano e il governo italiano considerano conforme allo scopo dell'art. 29, n. 5, della direttiva la sostituzione della procedura di verifica in contraddittorio prevista da questa disposizione con un criterio d'esclusione matematico. Essi ricordano che, come la Corte ha rilevato nella sentenza 10 febbraio 1982 (Transporoute, causa 76/81, Racc. pag. 417, in particolare pag. 428), il detto scopo consiste nel tutelare l'offerente dall'arbitrio dell'amministrazione aggiudicatrice. Un criterio di esclusione matematico offrirebbe a questo proposito una garanzia assoluta e presenterebbe inoltre, rispetto alla procedura prevista dalla direttiva, il vantaggio di una maggiore rapidità d'applicazione.
- 18 Questo argomento non può essere accolto. Un criterio di esclusione matematico, infatti, priva i partecipanti alla gara che abbiano presentato offerte particolarmente basse della possibilità di provare che si tratta di offerte serie. L'applicazione di un criterio del genere contrasta con lo scopo della direttiva 71/305, che consiste nel favorire lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici.
- 19 Pertanto, la seconda parte della terza questione dev'essere risolta nel senso che l'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 del Consiglio vieta agli Stati membri di emanare disposizioni che prescrivano l'esclusione d'ufficio dagli appalti di lavori pubblici di talune offerte determinate secondo un criterio matematico, invece di obbligare l'amministrazione aggiudicatrice ad applicare la procedura di verifica in contraddittorio prevista dalla direttiva.
- 20 Per quanto riguarda la prima questione, si deve ricordare che il Consiglio ha prescritto, nell'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305, una precisa e dettagliata procedura

di verifica delle offerte risultanti anormalmente basse proprio per consentire ai partecipanti alla gara che abbiano presentato offerte particolarmente basse di dimostrare la serietà di tali offerte e per garantire in tal modo l'accesso agli appalti di lavori pubblici. Tale scopo sarebbe compromesso qualora gli Stati membri, nel recepire l'art. 29, n. 5, della direttiva, potessero scostarsene in misura sostanziale.

- 21 Pertanto, la prima questione dev'essere risolta nel senso che gli Stati membri, nel recepire la direttiva 71/305 del Consiglio, non possono scostarsi in misura sostanziale da quanto prescrive l'art. 29, n. 5, della stessa direttiva.

Sulla seconda questione

- 22 Con la seconda questione il giudice nazionale chiede se gli Stati membri, dopo aver recepito l'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 del Consiglio senza essersene scostati in misura sostanziale, possano successivamente modificare la norma interna di recepimento e, in caso affermativo, se tale modifica debba essere motivata.
- 23 Il giudice nazionale ha sollevato la seconda questione solo per il caso in cui dalla soluzione della prima questione emergesse che gli Stati membri possono recepire l'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 scostandosene in misura sostanziale.
- 24 Data la risposta fornita alla prima questione, la seconda questione è priva d'oggetto.

Sulla prima parte della terza questione

- 25 Con la prima parte della terza questione il giudice nazionale chiede se l'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 del Consiglio consenta agli Stati membri di prescrivere la verifica delle offerte quando queste appaiano anormalmente basse, e non solo quando siano manifestamente anormalmente basse.

- 26 Si deve rilevare che la procedura di verifica dev'essere applicata ogniqualevolta l'amministrazione aggiudicatrice intenda escludere delle offerte perché le considera anormalmente basse rispetto alla prestazione. Pertanto, qualunque sia il valore limite al di là del quale la detta procedura dev'essere applicata, gli offerenti hanno la garanzia di non essere esclusi dall'appalto oggetto della gara senza aver avuto la possibilità di dimostrare la serietà delle loro offerte.
- 27 Di conseguenza, la prima parte della terza questione dev'essere risolta nel senso che l'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 del Consiglio consente agli Stati membri di prescrivere la verifica delle offerte quando queste appaiano anormalmente basse e non solo quando siano manifestamente anormalmente basse.

Sulla quarta questione

- 28 Con la quarta questione il giudice a quo chiede se, al pari dei giudici nazionali, l'amministrazione, anche comunale, sia tenuta ad applicare l'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 del Consiglio e a disapplicare le norme del diritto nazionale non conformi a questa disposizione.
- 29 Si deve ricordare come, nelle sentenze 19 gennaio 1982 (Becker, causa 8/81, Racc. pag. 53, in particolare pag. 71) e 26 febbraio 1986 (Marshall, causa 152/84, Racc. pag. 737, in particolare pag. 748), la Corte abbia considerato che in tutti i casi in cui alcune disposizioni di una direttiva appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, i singoli possono farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato, sia che questo non abbia recepito tempestivamente la direttiva nel diritto nazionale sia che l'abbia recepita in modo inadeguato.
- 30 Va rilevato che il motivo per cui i singoli possono far valere le disposizioni di una direttiva dinanzi ai giudici nazionali ove sussistano i detti presupposti, è che gli obblighi derivanti da tali disposizioni valgono per tutte le autorità degli Stati membri.

- 31 Sarebbe peraltro contraddittorio statuire che i singoli possono invocare dinanzi ai giudici nazionali le disposizioni di una direttiva aventi i requisiti sopramenzionati, allo scopo di far censurare l'operato dell'amministrazione, e al contempo ritenere che l'amministrazione non sia tenuta ad applicare le disposizioni della direttiva disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi. Ne segue che, qualora sussistano i presupposti necessari, secondo la giurisprudenza della Corte, affinché le disposizioni di una direttiva siano invocabili dai singoli dinanzi ai giudici nazionali, tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i comuni, sono tenuti ad applicare le suddette disposizioni.
- 32 Per quanto riguarda in particolare l'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305, emerge dall'esame della prima questione che tale disposizione è incondizionata e abbastanza precisa per poter essere invocata dai singoli nei confronti dello Stato. I singoli possono quindi avvalersene dinanzi ai giudici nazionali e, come risulta dalle considerazioni che precedono, tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i comuni, sono tenuti ad applicarle.
- 33 Pertanto, la quarta questione dev'essere risolta nel senso che, al pari del giudice nazionale, l'amministrazione, anche comunale, è tenuta ad applicare l'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 del Consiglio e a disapplicare le norme del diritto nazionale non conformi a questa disposizione.

Sulle spese

- 34 Le spese sostenute dal governo italiano, dal governo spagnolo e dalla Commissione delle Comunità europee, che hanno presentato osservazioni alla Corte, non possono dar luogo a rifusione. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento ha il carattere di un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese.

Per questi motivi,

LA CORTE,

pronunziandosi sulle questioni sottoposte dal tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, con ordinanza 16 dicembre 1987, dichiara:

- 1) L'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 del Consiglio vieta agli Stati membri di emanare disposizioni che prescrivano l'esclusione d'ufficio dagli appalti di lavori pubblici di talune offerte determinate secondo un criterio matematico, invece di obbligare l'amministrazione aggiudicatrice ad applicare la procedura di verifica in contraddittorio prevista dalla direttiva.
- 2) Gli Stati membri, nel recepire la direttiva 71/305 del Consiglio, non possono scostarsi in misura sostanziale da quanto prescrive l'art. 29, n. 5, della stessa direttiva.
- 3) L'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 del Consiglio consente agli Stati membri di prescrivere la verifica delle offerte quando queste appaiano anormalmente basse e non solo quando siano manifestamente anormalmente basse.
- 4) Al pari del giudice nazionale, l'amministrazione, anche comunale, è tenuta ad applicare l'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 del Consiglio e a disapplicare le norme del diritto nazionale non conformi a questa disposizione.

Due	Joliet	Grévisse	
Slynn	Mancini	Schockweiler	Moitinho de Almeida

Così deciso e pronunziato a Lussemburgo il 22 giugno 1989.

Il cancelliere
J.-G. Giraud

Il presidente
O. Due