

Se la regola stabilita dal par. 4 dell'art.30 della Dir. 93/37/CEE, o quella analoga recata dai parr. 1 e 2 dell'art. 55 della Dir. 2004/18/CE (laddove ritenuto quest'ultimo il parametro normativo rilevante), secondo cui, qualora le offerte appaiano anorma

Autore: sentenza

In: Diritto amministrativo

A.1.) La ***** Cooperativa ** S.c.a.r.l. (nel prosieguo soltanto ***) partecipò ad un pubblico incanto, indetto dal Comune di Torino con avviso n. 237/2004 dell'8 settembre 2004, per l'affidamento, in base al criterio del maggior ribasso, di un appalto di lavori.

A.2.) La procedura di importo pari ad €. 5.172.579,00 (di cui €. 4.998.489,21 per lavori ed €. 174.089,21 per oneri correlati ai piani di sicurezza) e, dunque, inferiore alla soglia comunitaria (fissata in €. 5.923.624,00, equivalente numerario di 5.000.000,00 di DSP) aveva ad oggetto l'esecuzione delle opere di riqualificazione ambientale di corso Francia, tra piazza Statuto e piazza Bernini.

A.3.) Nel suddetto avviso di asta si stabiliva, tra l'altro, che (i) in ottemperanza alla deliberazione G.C. 28 gennaio 2003 mecc. N. 2003/00530/003, i.e., l'aggiudicazione sarebbe avvenuta a norma dell'art. 21, commi 1 e 1bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m.i., ed a norma degli artt. 90, comma 6 e 89, comma 4 del D.P.R. 554/99, al maggiore ribasso, con verifica delle offerte anomale e senza esclusione automatica delle offerte anormalmente basse, intendendosi come tali quelle che, pur presentandosi economicamente più vantaggiose, comportassero nondimeno un ribasso così elevato da far ragionevolmente dubitare della loro serietà e della loro congruità rispetto all'impegno occorrente per la corretta esecuzione dell'opera pubblica oggetto della gara d'appalto.

A.4.) Tale specifica previsione della normativa di gara trae origine dalla deliberazione della Giunta comunale di Torino del 28 gennaio 2003, mecc. N. 2003 / 00530/003, con cui l'ente civico aveva in precedenza disposto, con previsione di carattere generale, l'applicazione del criterio di aggiudicazione

al maggior ribasso o all'offerta economicamente piú vantaggiosa, con verifica delle offerte anomale, criterio previsto dalla Direttiva 93/37/CEE, anche negli appalti di lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria di 5.000.000 di DSP, disapplicando l'art. 21, comma 1 bis, della Legge 109/94 e s.m.i. nella parte in cui prevede l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse (la sottolineatura è stata aggiunta).

A.5.) Con la medesima delibera nominata nel precedente (A.4.), la Giunta comunale di Torino approvò altresì un "Codice Etico degli appalti comunali", composto di due parti, configurandone l'espressa e preventiva accettazione (nella parte che la prima è recante impegni unilaterali a carico delle concorrenti), alla stregua di una condizione generale, essenziale ed imprescindibile, cui subordinare, per il futuro, l'ammissione di qualunque impresa alle gare di appalto di lavori pubblici, bandite dal Comune di Torino.

A.6.) In dettaglio, l'art. 4 del ridetto Codice Etico, rubricato "Collegamenti", reca il divieto per le partecipanti di avvalersi "[?]" dell'esistenza di forme di controllo o collegamento con altre imprese a norma dell'art. 2359 del Codice Civile "[?]" o "[?]" dell'esistenza di altre forme di collegamento sostanziale per influenzare l'andamento delle gare di appalto.

A.7.) Rispetto a quanto già premesso deve ulteriormente soggiungersi, con riguardo alla specifica fattispecie dedotta in contenzioso, che, a conclusione dell'*iter* di valutazione delle offerte presentate, quella proposta dalla ** risultò essere la prima delle "non anomale".

A.8.) Sennonché, nella seduta del 4 novembre 2004 (v. il relativo verbale versato in atti), la commissione giudicatrice, facendo applicazione della regola di gara enunciata *sub* A.4.), non dispose l'immediata esclusione delle offerte recanti un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, come avrebbe invece imposto l'art. 21, comma 1-bis, penultimo periodo, della L. n. 109/1994 (su cui v., *infra*, nel "Quadro normativo di riferimento"), disponendone al contrario una verifica di congruità e rinviando per l'effetto il prosieguo della procedura.

A.9.) Avverso tale verbale la ** si tutelò avanti al Tribunale amministrativo regionale del Piemonte (d'ora in poi soltanto "T.a.r." o "Tribunale" o "primo giudice"), chiedendone l'annullamento perchéasseritamente illegittimo.

A.10) In particolare, la ** lamenta la violazione, da parte del Comune di Torino, dell'art. 21, comma 1-bis, della legge 109/1994 (norma applicabile agli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria e, quindi, in linea teorica, anche a quello in discorso), che prevede l'obbligo tassativo delle stazioni appaltanti di procedere all'automatica esclusione delle offerte che superino la suddetta soglia di anomalia (computata secondo i criteri matematici ivi stabiliti), non lasciando cos'alcuno spazio alla discrezionalità delle amministrazioni indicenti in ordine alla possibilità di procedere eventualmente, in deroga a siffatta previsione, alla verifica in contraddittorio delle offerte sospettate d'anormalità.

A.11) A conforto di quest'assunto, la ** osserva che la verifica in contraddittorio della congruità delle offerte sospettate d'anomalia venne introdotta dal legislatore nazionale in ossequio alle norme del diritto sovranazionale, ma che queste ultime, tuttavia, non possono trovare applicazione diretta agli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria; né, a detta dell'odierna appellante, ricorrerebbe nella fattispecie il presupposto essenziale della disapplicazione (*rectius*, non applicazione) di una norma cogente del diritto interno, difettando il postulato rapporto di supremazia del diritto dell'Unione europea rispetto a quello nazionale, esulando lo specifico appalto dall'ambito materiale entro cui le competenze comunitarie sono legittimate a svolgersi.

A.12.) Successivamente alla proposizione dell'originario ricorso avanti al Ta.r. del Piemonte, il Comune di Torino, esaurita la fase di verifica dell'anomalia delle offerte e ritenuta congrua quella presentata dall'Associazione temporanea di imprese, costituita tra la ** Bruno S.r.l. e l'Azienda agricola ** S.r.l., aggiudicò provvisoriamente l'appalto a tale raggruppamento.

A.13.) In seguito a siffatta sopravvenienza, la ** propose una seconda impugnativa, nella forma dei motivi aggiunti, indirizzando anche nei confronti del provvedimento interinale di aggiudicazione, le medesime denunce d'illegittimità già dedotte con il ricorso introduttivo, ancorché diversamente congegnate nei termini di altrettanti vizi derivati dell'atto oggetto del rinnovato gravame.

A.14.) Cos'instaurato il giudizio di primo grado, il T.a.r. del Piemonte, con sentenza succintamente motivata, ritenne infondati gli argomenti difensivi adottati dalla ** e ne respinse l'impugnativa.

A.15.) In dettaglio, il T.a.r. opinò che l'art. 21, comma 1-bis, della L. 11 febbraio 1994, n. 109, siccome modificato dalla L. 18 novembre 1998, n. 415, abbia unicamente la funzione di autorizzare l'esclusione

automatica delle offerte anomale negli appalti di inferiore alla soglia comunitaria (al contrario di quanto avviene negli appalti eccedenti gli importi sopra indicati), senza per? imporre alle amministrazioni aggiudicatrici il ricorso obbligatorio a siffatto criterio, pur in presenza di offerte non in linea con la media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte quelle ammesse, ogniqualvolta la particolarit? della procedura? non lo richieda.

????????????? Secondo i vari argomenti d'interpretazione letterale, teleologica e sistematica utilizzati dal Tribunale, la norma nazionale succitata permetterebbe, infatti, alle stazioni appaltanti di disporre discrezionalmente la verifica dell'anomalia anche per gli appalti d'importo inferiore a quello di rilievo comunitario.

A.16.) Con l'appello promosso avverso la sentenza, la ** ha riproposto, in chiave di critica alla decisione impugnata, le medesime questioni sollevate nel corso del primo grado di giudizio.

B) Quadro normativo di riferimento

Ambito comunitario

B.1.) La materia degli appalti pubblici di lavori era disciplinata, in ambito comunitario, dalla Direttiva 14 giugno 1993, n.? 93/37/CEE (Direttiva del Consiglio che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori), pubblicata nella G.U.C.E. del 9 agosto 1993, n. L 199 ed entrata in vigore il 5 luglio 1993, con cui si ? proceduto alla codificazione del testo della direttiva 71/305/CEE e dei successivi provvedimenti modificativi.

B.2.) I primi due periodi del par. 4 dell'art. 30 della ***** 93/37/CEE, in tema di criteri di aggiudicazione dell'appalto, stabilivano che: ?Se, per un determinato appalto, delle offerte appaiono anormalmente basse rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice prima di poterle rifiutare richiede, per iscritto, le precisazioni che ritiene utili in merito alla composizione dell'offerta e verifica detta composizione tenendo conto delle giustificazioni fornite.

L'amministrazione aggiudicatrice pu? 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?

B.3.) Il par. 1 dell'art. 6 della Dir. 93/37/CEE prevedeva che l'applicazione della normativa comunitaria agli a) agli appalti pubblici di lavori il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) sia pari o superiore al controvalore in ECU di 5.000.000 di DSP;

b) agli appalti pubblici di lavori di cui all'articolo 2, paragrafo 1 il cui valore stimato al netto dell'IVA sia pari o superiore a 5.000.000 di ECU?

B.4.) La Dir. N. 93/37/CEE è stata recentemente abrogata dall'art. 82 della Dir. 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE (Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi), seppure con l'efficacia differita indicata nel precedente art. 80.

La nuova direttiva di unificazione è stata pubblicata nella G.U.C.E. 30 aprile 2004, n. L 134 ed è entrata in vigore in pari data, ai sensi dell'art. 83 dello stesso provvedimento.

B.5.) Alla materia delle "Offerte anormalmente basse", la direttiva 2004/18/CE dedica l'art. 55, i cui primi due paragrafi dispongono: "1. Se, per un determinato appalto, talune offerte appaiono anormalmente basse rispetto alla prestazione, l'amministrazione aggiudicatrice, prima di poter respingere tali offerte, richiede per iscritto le precisazioni ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta in questione.

Dette precisazioni possono riguardare in particolare:

a) l'economia del procedimento di costruzione, del processo di fabbricazione dei prodotti o del metodo di prestazione del servizio;

b) le soluzioni tecniche adottate e/o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori, per fornire i prodotti o per prestare i servizi;

c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente;

d) il rispetto delle disposizioni relative alla protezione e alle condizioni di lavoro vigenti nel luogo in cui deve essere effettuata la prestazione;

e) l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato.

2. L'amministrazione aggiudicatrice verifica, consultando l'offerente, detti elementi costitutivi tenendo conto delle giustificazioni fornite?.

B.5.) L'art. 7 della Dir. 2004/18/CE, siccome modificato dall'art. 2 del Regolamento (CE) n. 1874/2004, ha elevato la soglia di rilevanza comunitaria degli appalti pubblici di lavori fino a 5.923.000 EUR.

Ambito nazionale

B.6.) La Repubblica Italiana non ha ancora recepito la Dir. 2004/18/CE, (quantunque sia *in itinere* il relativo atto normativo) mentre si è da tempo adeguata alla Dir. 93/37/CEE, provvedimento recante la disciplina rilevante *ratione temporis*.

B.7.) A tale recepimento si è provveduto con la L. 11 febbraio 1994, n. 109 (Legge quadro in materia di lavori pubblici), pubblicata nel Supplemento ordinario della G.U.R.I. del 19 febbraio 1994, n. 41.

B.8.) L'art. 21 di tale legge, rubricato "Criteri di aggiudicazione - Commissioni giudicatrici", reca un comma 1-bis aggiunto al testo originario dall'art. 7 del D.L. 3 aprile 1995, n. 101, in seguito sostituito dall'art. 7 della L. 18 novembre 1998, n. 415, ed, infine, modificato dall'art. 7, comma 1, della L. 1º agosto 2002, n. 166 che, nel primo periodo, declina i criteri di computo della più volte citata soglia di anomalia (Nei casi di aggiudicazione di lavori di importo pari o superiore al controvalore in euro di 5.000.000 di DSP con il criterio del prezzo più basso di cui al comma 1, l'amministrazione interessata deve valutare l'anomalia delle offerte di cui all'articolo 30 della direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, relativamente a tutte le offerte che presentino un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore,

rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media?).

B.9.) Il comma 1-*bis* pone una disciplina differenziata del regime dell'esclusione delle offerte anomale, a seconda che l'importo dell'appalto sia superiore od inferiore al limite numerario di rilevanza comunitaria della procedura.

B.10) In particolare, se per gli appalti di valore superiore a tale soglia, si è essenzialmente recepito il contenuto precettivo dell'art. 30 della sunnominata Dir. 93/37CEE, essendosi stabilito l'obbligo per le stazioni appaltanti di far precedere l'eventuale esclusione da una fase di verifica in contraddittorio delle giustificazioni offerte dalle imprese interessate; per le procedure d'importo inferiore, si è invece prescritto quanto segue: «Relativamente ai soli appalti di lavori pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria, l'amministrazione interessata procede all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentino una percentuale di ribasso pari o superiore a quanto stabilito ai sensi del primo periodo del presente comma. La procedura di esclusione automatica non è esercitabile qualora il numero delle offerte valide risulti inferiore a cinque?».

B.11.) Alle disposizioni contenute nell'art. 21, comma 1-*bis*, della L. n. 109/1994 si è data attuazione regolamentare con l'art. 89 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (Regolamento di attuazione della L. 11 febbraio 1994, n. 109, legge quadro in materia di lavori pubblici, e successive modificazioni), pubblicato nel Supplemento Ordinario della G.U.R.I. 28 aprile 2000, n. 98, il cui comma 4, nel primo periodo, riporta l'eccezione alla regola dell'esclusione automatica nel caso di lavori di importo inferiore al controvalore in Euro di 5.000.000 di DSP, pur discostandosi lievemente dalla legge quadro (giacché il limite numerico inferiore è riferito alle «offerte ammesse» invece che a quelle «valide?»).

C) Ragioni della rilevanza della questione pregiudiziale

La sentenza del T.a.r. del Piemonte

C.1.) La Sezione non condivide l'interpretazione della normativa interna propugnata dal T.a.r. del Piemonte.

C.2.) Invero, secondo gli elementari canoni ermeneutici del diritto italiano, l'uso prescrittivo da parte del legislatore di un verbo al modo indicativo ed al tempo presente sottintende pacificamente, in assenza di differenti elementi di rilievo euristico (che nella specie mancano; v., *infra*, il successivo ? C.4)), la doverosità dell'azione presa in considerazione dalla fattispecie astratta (*ex multis*, Cons. St., sez. V, 8 aprile 2003, n. 1853).

C.3.) Alla stregua di tale criterio letterale, l'espressione legislativa "procede" configura un vero e proprio obbligo delle amministrazioni, che abbiano bandito gare per l'affidamento di appalti d'importo inferiore al controvalore in euro di 5.000.000 di DSP, di disporre l'esclusione automatica delle offerte rivelatesi anomale (dal punto di vista aritmetico).

C.4.) Non conduce a diverse conclusioni ermeneutiche l'ultima parte della disposizione, giacché la frase "(l)la procedura di esclusione automatica non è esercitabile qualora il numero delle offerte valide risulti inferiore a cinque" è univocamente interpretabile nel senso della preclusione dell'esclusione automatica per le gare con meno di cinque offerte e, dunque, contrariamente a quanto divisato dal primo giudice, non reca alcuna implicita "autorizzazione" al ricorso da parte delle amministrazioni indicenti alla procedura di verifica in contraddittorio dell'anomalia per tutti gli appalti sotto la soglia comunitaria.

???????????? Per il diritto interno italiano tale conclusione ermeneutica è obbligata anche alla luce della natura eccezionale della regola fissata dall'ultimo periodo del comma in esame, eccezionalità che ne impone una lettura restrittiva e confinata ai casi espressamente considerati, in quanto obiettivamente derogatoria rispetto a quella generale (ancorché circoscritta ai soli appalti sotto soglia) contenuta nel periodo immediatamente precedente (Cons. St., sez. V, 11 maggio 1998, n. 226).

???????????? Coerente con le considerazioni testé esposte, d'altronde, la recente giurisprudenza della Sezione che ha ribadito l'automaticità dell'esclusione, anche nel vigore della modifiche introdotte dall'art. 7, comma 1, lett. N), della L. n. 166/2002 (Cons. St., sez. V, 30 agosto 2004, n. 5656). Nemmeno può obliterarsi che, seppure come *obiter dictum*, altra Sezione di questo Consesso (Cons. St., sez. VI, 18 maggio 2004, n. 3188) ha finanche accertato, seppure in via incidentale, la non conformità al diritto italiano della delibera giunta torinese del 2003 (dalla quale, in sostanza, trae origine la presente controversia), vieppiù alimentando le perplessità di ordine comunitario qui esplicitate.

?????????????, dunque, da ripudiarsi recisamente la tesi della pretesa facoltatività del meccanismo dell'esclusione automatica, in quanto rispondente alle soggettive (ed astrattamente apprezzabili) preferenze teleologiche dell'interprete piuttosto che ad un obiettivo dato positivo.

????????????? N? vale in contrario rilevare che quest'ultima interpretazione sia stata ripresa e condivisa anche dall'Autorità settoriale di controllo (denominata "Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici") mercò la determinazione del 22 giugno 2005, n. 6/2005 (AG 52/04), posto che tale organismo ha semplicemente aderito ad un conforme precedente della stessa seconda sezione del T.a.r. del Piemonte (la sentenza n. 2190 del 2004), ripetendone le argomentazioni, analoghe a quelle sopra riferite.

La "disapplicazione" operata dalla Giunta comunale di Torino

C.5.) *** pi? plausibili delle forzature esegetiche del T.a.r. del Piemonte sono, per contro, le articolate considerazioni giuridiche sviluppate dalla Giunta comunale di Torino nella sunnominata delibera del 28 gennaio 2003.

C.6.) Il ragionamento dell'organo civico ha infatti preso l'abbrivio dalla presa d'atto, confortata da precisi riscontri di carattere statistico, della concreta inidoneità del criterio normativo dell'esclusione automatica ad orientare il settore dell'evidenza pubblica infracomunitario verso un'efficiente regolazione del fenomeno delle offerte anomale.

????????????? Si ?, in particolare, osservato che detta *regula juris*, ancorché meritevolmente ispirata dalla duplice finalità di snellire le procedure e di accrescere, ad un tempo, la trasparenza e la genuinità della competizione tra le partecipanti (riducendo drasticamente gli spazi, talora opaci, occupati dalla discrezionalità dell'amministrazione indicente), paradossalmente finisce, a cagione della sua assoluta anelasticità, per incentivare gli accordi collusivi delle imprese, ai danni dell'amministrazione aggiudicatrice (e, quindi, indirettamente? di tutti gli appartenenti alla collettività di riferimento), rendendo? assai conveniente per le concorrenti, anche a costo di affrontare non indifferenti ?costi di transazione?, il raggiungimento di preventivi accordi tra tutte o molte delle partecipanti alla gara in ordine al prezzo o alla serie limitata di prezzi da offrire in sede di gara, cos? da influenzare *ex ante* il successivo esito della procedura.

C.7.) Il Comune di Torino ha cos? spiegato la ragione della massiccia proliferazione di offerte, pressoch? omogenee, e tuttavia differenziate tra loro per scarti percentuali infinitesimali, in passato presentate all?unico, malcelato scopo di aggirare lo scoglio dell?esclusione automatica ed, anzi, con l?obiettivo aggiuntivo di piegare la regola sopra espressa a fini utilitaristici, strumentalizzandone la patologia generata per interferire indebitamente sullo svolgimento della gara.

C.8.) Impensierita del crescente numero delle denunce pervenute alla Magistratura penale e, soprattutto, stimando doverosa per la tutela del superiore interesse pubblico la rimozione di tale distorsione concorrenziale ? peraltro ridondante soprattutto in danno delle imprese non italiane (giacch? non in grado di conoscere esattamente la realt? dei prezzi nazionali, conoscenza che agevola altres? la conclusione dei descritti accordi distorsivi dell?automatico meccanismo selettivo) ? la Giunta comunale torinese, preso atto delle pregresse dichiarazioni di legittimit? costituzionale della norma in parola (Corte costituzionale, 25 febbraio 1998, n. 40, sent.; 30 giugno 1998, n. 258, ord.; 14 dicembre 1998, n. 442, ord.; 11 marzo 1999, n. 74, ord., essendosi giudicata ragionevole e, comunque, rientrante nell?ambito della piena discrezionalit? del legislatore italiano la scelta dei mezzi con cui garantire la seriet? e congruit? delle offerte nei pubblici appalti), ha ritenuto di poter fronteggiare il delicato problema giuridico, procedendo all?autonoma ?disapplicazione? della regola dell?esclusione automatica per tutti i bandi relativi ad appalti sotto la soglia comunitaria, sul presupposto logico del preteso conflitto tra la previsione in parola ed il diritto sovranazionale, aderendo in cotal guisa ai ben noti insegnamenti della Corte di giustizia delle Comunit? europee circa il dovere, gravante su tutte le amministrazioni degli Stati membri, di non applicare le normative interne eventualmente contrastanti con i superiori e vincolanti parametri comunitari (sentenza del 22 giugno 1989, in causa C-103/88, ?***** contro il Comune di Milano e la Lodigiani S.p.A.?).

??????????? L?evidente obiettivo perseguito dal Comune di Torino era, infatti, quello di contrastare le turbative d?asta scaturenti dall?omogeneizzazione delle offerte, e la conseguente alterazione del mercato, inserendo nel procedimento di determinazione dell?area dell?esclusione automatica un elemento d?imprevedibilit?, non pronosticabile *ex ante* dalle partecipanti, rappresentato dalla discrezionalit? tecnica dell?ente appaltante, nel valutare l?effettiva congruit? delle offerte sospettate d?anomalia.

C.9.) Ancorch? il ragionamento dell?Amministrazione civica torinese abbia preso le mosse da un postulato errato (giacch? la disapplicazione del diritto interno, onde garantire l?effettivit? di quello comunitario, ?

oggetto di un obbligo assolutamente cogente e non gi? di una potest? discrezionale asseritamente esercitabile in virt? di una disposizione di un regolamento comunale sulla disciplina dei contratti), nondimeno la soluzione si presenta sorretta, in maniera assai convincente, dal successivo sviluppo dell?argomentare giuridico.

C.10.) In dettaglio, il Comune di Torino, riprendendo un consolidato insegnamento della Corte di giustizia delle Comunit? europee (si cita, solo *exempli gratia*, la sentenza della Corte di giustizia delle Comunit? europee del 7 dicembre 2000, in causa C-324/98, ?Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH contro Telekom Austria AG?), ha opinato che, sebbene le direttive concernenti gli appalti pubblici non si applichino a quelle di valore inferiore alla soglia comunitaria, tuttavia le amministrazioni indicenti sono comunque tenute a rispettare i principi fondamentali di diritto dell?Unione europea, tra i quali vanno annoverati, per quel che interessa la presente controversia, quelli di parit? di trattamento, di trasparenza, di proporzionalit? e di non discriminazione (che sorreggono, in generale, la normativa settoriale sugli appalti pubblici).

C.11.) Secondo questo divisare, la circostanza che il legislatore comunitario abbia previsto l?inapplicabilit? diretta delle dettagliate direttive in materia di appalti pubblici alle gare bandite per l?affidamento di appalti inferiori ai valori limite fissati dalle disposizioni suddette, non renderebbe la regolamentazione di siffatti procedimenti del tutto insensibile ai condizionamenti rivenienti dal diritto europeo, n? a ben vedere equivarrebbe ad escluderli del tutto dall?alveo di applicazione del diritto comunitario. In particolare, l?influenza dell?ordinamento sovranazionale, a detta del Comune di Torino, si avvertirebbe a livello di principio e, segnatamente, dei principi fondamentali del TrCE, sicuramente in grado di orientare l?interpretazione adeguatrice del diritto interno e di consentire la disapplicazione in concreto disposta.

C.12.) In aggiunta, il Comune di Torino ha osservato come ogni sistema di medie aritmetiche che preveda l?esclusione o l?aggiudicazione? automatica (nella specie, alla prima delle offerte non anomale, ossia a quella che eguaglia o pi? si avvicina per difetto alla media delle offerte che presentano il prezzo pi? basso) sia incompatibile con il diritto comunitario, merc? un costante indirizzo pretorio della Corte di giustizia delle Comunit? europee che ? seppure formatosi in relazione alla disciplina recata da precedente direttiva (tuttavia non dissimile, sul punto, da quella contenuta nella Dir. 93/37/CEE; si fa riferimento all?art. 29, par. 5, della Dir. 71/305/CEE che, almeno nella versione risultante dalla Direttiva del Consiglio? 89/440/CEE, rappresenta l?antecedente storico dell?art. 30, par. 4, della Dir. 93/37/CEE) ? vieterebbe agli

Stati membri di emanare disposizioni imponenti l'esclusione d'ufficio di determinate offerte, in base all'applicazione di un criterio puramente matematico che precluda all'amministrazione aggiudicatrice di effettuare verifiche in contraddittorio (v. la succitata causa ***** e la sentenza del 18 giugno 1991, in causa C-295/89 Don *****).

C.13.) Sulla scorta di queste argomentazioni il Comune di Torino è pervenuto alla disapplicazione dell'art. 21, comma 1-bis, della L. n. 109/1994, ritenendolo in contrasto con i principi di sana concorrenza effettiva tra le imprese (perché, si è detto, la disposizione soffoca la competizione, favorendo distorte dinamiche collusive), di trasparenza (dal momento che le imprese escluse sono private della possibilità di giustificare dialetticamente ed in contraddittorio, sia in sede amministrativa sia giurisdizionale, le ragioni dell'effettiva economicità dell'offerta in tutte le sue componenti), di non discriminazione in base alla nazionalità (perché le imprese danneggiate tendono ad essere, per ragioni di carattere geografico e sociologico, proprio le imprese non italiane o comunque quelle non stabilite sul territorio nazionale), principio quest'ultimo che implica un particolare obbligo comportamentale dell'amministrazione aggiudicatrice onde garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione (si veda, al riguardo, la sunnominata sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee nel caso Telaustria).

Osservazioni del Collegio

C.14.) A completamento dei rilievi sviluppati dal Comune di Torino nella deliberazione di Giunta del 28 gennaio 2003, potrebbe infine chiosarsi che il diritto ad una buona amministrazione, sancito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (approvata dal Consiglio europeo di Biarritz del 13 e del 14 ottobre 2000 e solennemente proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000), ove proiettato nella realtà amministrativa dei singoli Stati membri, include quello di ogni individuo ad essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che possa arrecargli pregiudizio, nonché il corrispondente obbligo per ogni amministrazione nazionale di motivare tutte le sue decisioni.

Non può revocarsi in dubbio che la piena esplicazione di tale diritto, ancorché riferito dalla Carta (peraltro non giuridicamente vincolante) unicamente alle istituzioni ed agli organi dell'Unione europea, connota a ben vedere ogni sistema amministrativo in senso veramente democratico.

??????????? Nemmeno appare seriamente contestabile che il par. 4 dell'art. 30 della Dir. 93/37/CEE condivide con l'art. 42 della Carta la medesima *ratio*, finalizzata a consentire ad ogni persona, comunque coinvolta in un procedimento amministrativo, di esporre compiutamente le proprie ragioni, in un effettivo confronto dialettico con la parte pubblica.

C.15.) Deve altresì soggiungersi che la sottoposizione delle discipline interni sugli appalti pubblici ai principi fondamentali del diritto comunitario, oltre a far parte dell'*acquis communautaire* (siccome testimoniato dalle succitate sentenze della Corte di giustizia), è un criterio oramai positivamente recepito dalla Dir. 2004/18/CE che, al secondo "Considerando", recita: "(l) aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti ed assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Di conseguenza, tali disposizioni di coordinamento dovrebbero essere interpretate conformemente alle norme e ai principi citati, nonché alle altre disposizioni del trattato".

C.16.) Nonostante tutto quanto sopra osservato, la Sezione, pur condividendo la cornice teorica entro cui la Giunta comunale di Torino ha inserito la delibera sopra descritta, nondimeno dubita della natura di principio fondamentale del diritto comunitario (come tale vincolante anche per le procedure non direttamente assoggettate all'ordinamento sovranazionale) della specifica regola sulla verifica in contraddittorio delle offerte sospettate d'anomalia e, conseguentemente, nutre consistenti perplessità in ordine alla legittimità, secondo i diritti italiano e comunitario, della disapplicazione della differente normativa interna operata dal Comune di Torino.

??????????? Né la Sezione può autonomamente stabilire, non disponendo del relativo potere giurisdizionale, se detta regola abbia le caratteristiche di un corollario implicito dei principi sopra richiamati, ovvero di un principio derivato da quelli fondamentali del diritto comunitario, in grado di prevalere, ai sensi del secondo "Considerando" della Dir. 2004/18/CE e perciò l'immediata forza precettiva, sulle disposizioni

nazionali ipoteticamente contrarie, fino al punto da comportarne la doverosa disapplicazione.

C.17.) Nella fattispecie del resto, oltre a non risultare praticabile un'interpretazione comunitariamente orientata che non si risolva in vera e propria disapplicazione, nemmeno ricorrono le condizioni individuate dal filone giurisprudenziale inaugurato dal caso CILFIT (v. la sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 1982, in causa C-283/81) che, qualora sussistenti, consentono ad un giudice di ultima istanza (come è, nell'ordinamento della Repubblica Italiana, il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale sulle materie amministrative ad esso istituzionalmente devolute) di omettere il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia delle Comunità europee.

C.18.) La questione, nei termini che saranno in prosieguo precisati, oltre ad essere rilevante ai fini del decidere, non si presenta manifestamente identica ad altra sulla quale la Corte di giustizia abbia già statuito (invero la sentenza della sez. IV, del 27 novembre 2001, nelle cause riunite C-285/99 e C-286/99, Impresa *****), pur investendo profili giuridici connessi con quelli sopra esposti, concerne in realtà procedure di aggiudicazione di appalti direttamente regolati dal diritto comunitario), né la soluzione di essa appare chiaramente desumibile dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, né, infine, a sommo avviso del Collegio remittente, i dubbi prospettati risultano *prima facie* infondati o irragionevoli.

D) Ragioni del rinvio

D.1.) In definitiva ed in estrema sintesi, l'interrogativo che s'intende sottoporre all'attenzione della Corte di giustizia è se la portata precettiva del par. 4 dell'art. 30 della Dir. 93/37/CEE sia, o no, espressione di un principio fondamentale del diritto comunitario, tale da travalicare i confini formali, marcati dal valore numerario stabilito dall'art. 6 della Dir. 93/37/CEE e, quindi, in grado di dispiegare la propria efficacia conformativa anche in relazione agli appalti inferiori alla suddetta soglia.

D.2.) Le precedenti considerazioni inducono pertanto la Sezione a proporre i seguenti quesiti, onde poter ricevere dalla Corte di giustizia tutti gli elementi d'interpretazione necessari alla definizione della causa in epigrafe indicata, almeno limitatamente al piano della valutazione della legittimità alla stregua dei principi dell'ordinamento comunitario della deliberazione della Giunta comunale di Torino del 28 gennaio 2003.

E) Formulazione dei quesiti

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

E.2.)

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

Visto l'art. 234 del TrCE;

Visto l'art. 23 dello Statuto della Corte di giustizia delle Comunità europee;

Visto l'art. 3 della L. 13 marzo 1958, n. 204;

Vista la Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte delle giurisdizioni nazionali, diramata dalla Corte di giustizia delle Comunità europee e pubblicata sulla G.U.C.E. dell'11

F.to Gabriele Carlotti???????????????????? F.to *****

?

?????? ??????????????????????IL SEGRETARIO

?

?

????????????????? **DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

????????????????????????????????? **Il 7 febbraio 2006**

????????????????????????? (Art. 55. L. 27/4/1982, n. 186)

????????????????????????????????????? **IL? DIRIGENTE**

????????????????????????????????????? **f.to *******

?????????????????????????????????????

<https://www.diritto.it/se-la-regola-stabilita-dal-par-4-dell-art-30-della-dir-9337cee-o-quella-analoga-recata-d-ai-parr-1-e-2-dell-art-55della-dir-200418ce-laddove-ritenuto-quest-ultimo-il-parametro-normativo-rile/>