

## CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

CARL OTTO LENZ

presentate il 25 aprile 1989\*

*Signor Presidente,  
Signori Giudici,*

## A — In fatto

1. Il presente procedimento di pronuncia pregiudiziale, su cui oggi prendo posizione, concerne l'interpretazione e l'efficacia della direttiva 71/305 del Consiglio del 26 luglio 1971, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici<sup>1</sup>. L'istanza richiedente, il « tribunale amministrativo regionale per la Lombardia », pone in sostanza la questione del contenuto e della portata dell'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305, della sua diretta applicabilità nonché del diritto e/o obbligo dell'amministrazione interna statale di applicare tale direttiva sebbene il diritto nazionale sia in contrasto con essa.

2. Le questioni pregiudiziali sono sorte nel procedimento giudiziale tra la Fratelli Costanzo SpA ed il comune di Milano, nel quale la ricorrente ha impugnato il procedimento di aggiudicazione dell'appalto per la modernizzazione dello stadio « G. Meazza » nell'ambito della preparazione del campionato mondiale di calcio del 1990. Quale criterio per l'aggiudicazione era stato scelto, ai sensi dell'art. 24, lett. a), n. 2, della legge 8 agosto 1977, n. 584, per l'attuazione della direttiva 71/305, quello del prezzo più basso con l'ammissione di offerte

supplementari. In base ad un regime transitorio introdotto da un decreto legge, previsto al fine dell'accelerazione delle procedure relative all'affidamento degli appalti di opere pubbliche per un periodo di due anni<sup>2</sup>, era contemplata nel bando una procedura automatica di esclusione per offerte il cui importo anormalmente basso era determinabile con un semplice calcolo. In applicazione di questa specifica previsione limitata nel tempo, la ricorrente è stata esclusa dalla procedura di aggiudicazione. Essa era stata l'unica offerente a presentare un'offerta inferiore all'importo base di 82 043 643 386 LIT. L'appalto è stato aggiudicato ad un raggruppamento di imprese (ing. Lodigiani SpA), la cui offerta superava del 9,85% l'importo base.

3. Successivamente, l'art. 4 del decreto legge, che costituiva la base giuridica della procedura accelerata, è stato ritenuto inefficace e non è stato convertito in legge. Tuttavia, gli atti amministrativi emanati in base a tale decreto sono stati ritenuti validi per il futuro.

4. La ricorrente fa valere tra l'altro che le norme che hanno condotto alla sua esclusione sono in contrasto con l'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305. Il giudice nazionale sottopone una serie di questioni sull'interpretazione di questa direttiva alla Corte di giustizia. Chiede inoltre se la resistente amministrazione comunale « avesse il potere-dovere di "disapplicare" le norme interne

\* Lingua originale: il tedesco.

1 — GU 1971, L. 185 del 16.8.1971, pag. 5.

2 — Art. 4 dei decreti-legge 25 maggio 1987, n. 206, 27 luglio 1987, n. 302, e 25 settembre 1987, n. 393.

contrastanti con la detta norma comunitaria ».

5. Si fa riferimento alla relazione d'udienza per quanto riguarda gli ulteriori elementi di fatto e le difese delle parti.

## B — In diritto

6. Anche se nella fase scritta del procedimento si è in parte contestata l'ammissibilità delle questioni pregiudiziali, ritengo che la Corte di giustizia sia stata regolarmente adita. In ogni caso, sussistono dubbi sull'ammissibilità delle questioni nella misura in cui si pone il problema della compatibilità della normativa di uno Stato membro con la normativa comunitaria. Secondo la costante giurisprudenza della Corte, non è suo compito accertare la compatibilità delle normative nazionali con il diritto comunitario. In tali casi, la Corte di giustizia ha sempre riformulato le questioni ed elaborato criteri decisionali con l'ausilio dei quali il giudice nazionale può esso stesso risolvere la questione della compatibilità.

7. Quando le sono state sottoposte questioni ambigue sull'interpretazione del diritto comunitario, la Corte di giustizia, con costante giurisprudenza, si è sempre impegnata ad individuare il nucleo rilevante per il diritto comunitario delle questioni poste ed a trasmettere la sua soluzione al giudice nazionale.

8. Le questioni sottoposte vanno raggruppate in senso logico-sistematico nel modo

seguito. In primo luogo, vanno elaborati i criteri d'interpretazione dell'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305, secondo i quali il giudice nazionale deve accertare la compatibilità delle normative degli Stati membri con il diritto comunitario. Solo nel caso in cui esso ne accerti l'incompatibilità, si pone la questione della diretta applicazione della direttiva. Qualora questa sia risolta in senso positivo, va accertato in quale misura le istanze statali, in concreto le autorità amministrative degli Stati membri, siano legittimate ed obbligate a far valere il diritto comunitario.

9. La questione A della domanda di pronuncia pregiudiziale pone in sostanza il quesito in quale misura il contenuto dell'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 vada recepito nella disposizione interna statale di attuazione. La terminologia è in una certa misura equivoca quando distingue le « norme di risultato » dalle « norme di forma e di mezzi » di una direttiva. In tal modo, si è fatto indiretto riferimento alla definizione di una direttiva di cui all'art. 189 del trattato CEE, secondo cui la direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi. Già dalla formulazione appare chiaro che non è esatto distinguere nell'ambito di una direttiva tra le norme di risultato e quelle di forma e di mezzi, in quanto la direttiva per definizione non stabilisce nulla riguardo alle forme ed ai mezzi del recepimento.

10. La questione in qual misura uno Stato membro debba recepire le disposizioni della direttiva senza mutamenti di contenuto, ovvero possa discostarsi da esse, va risolta mediante l'interpretazione delle concrete disposizioni della direttiva stessa. Nel far ciò occorre fondarsi sul testo letterale della norma

ed interrogarsi sullo spirito e lo scopo di essa e sulle sue finalità. L'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305, su cui occorre qui pronunciarsi, è del seguente tenore:

« 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 ».

11. L'art. 29 della direttiva 71/305 enumera i criteri per l'aggiudicazione e stabilisce la procedura da applicarsi a seconda dei casi. L'enumerazione dei criteri secondo cui va attribuito l'appalto, da un lato, e, dall'altro, la determinazione delle procedure da seguire attuano la trasparenza del modo di procedere e stabiliscono al tempo stesso un elemento di certezza del diritto. Proprio l'uniformità del procedimento cui mira questa norma rende più facile ai potenziali offerenti valutare a quali condizioni essi accostentono con la partecipazione alla gara d'appalto. In tal modo, il paragrafo 5 non

solo stabilisce che, e in qual modo, l'ente pubblico appaltante deve effettuare una verifica delle offerte che presentano manifestamente un carattere anormalmente basso rispetto alla prestazione, ma contiene al tempo stesso una garanzia procedurale per l'offerente interessato. Questi non può essere escluso in quanto la sua offerta manifestamente presenta un importo anormalmente basso, qualora non abbia avuto luogo una procedura amministrativa di verifica<sup>3</sup>.

12. Un'analoga garanzia procedurale discende dall'obbligo, formulato nell'ultima frase dell'articolo 29, di motivare il rigetto di un'offerta ritenuta troppo bassa, qualora sia stato scelto quale criterio per l'aggiudicazione quello del prezzo più basso. L'introduzione, lo svolgimento e la conclusione della procedura di verifica sono tassativamente stabiliti. Essi costituiscono requisiti generali minimi imprescindibili.

13. Per principio non sono possibili deroghe alle descritte prescrizioni « vincolanti » della direttiva a causa di situazioni eccezionali o di particolari necessità di accelerare la procedura, giacché la direttiva stessa non consente tali circostanze eccezionali.

14. Al contrario, non si deduce dall'articolo 29 della direttiva come vada più precisamente accertato in modo concreto se « talune offerte presentino manifestamente un carattere anormalmente basso ». In particolare, non è previsto alcun tipo di procedura al fine di tale accertamento. In questo ambito, rimane quindi aperta la possibilità di prescrizioni più specifiche mediante le norme di attuazione dello Stato membro. Pertanto, non è neanche strettamente neces-

<sup>3</sup> — Vedasi sentenza 10 febbraio 1982, causa 76/81, Transporoute/Ministero dei lavori pubblici, Racc. 1982, pag. 417, punto 18 della motivazione.

sario che le espressioni siano letteralmente riportate nell'atto di recepimento. È invece importante che sia riconoscibile il carattere eccezionale dell'offerta bassa, che a sua volta può dar adito a dubbi sulla serietà della stessa. Il significato e lo scopo della procedura di controllo è quello di indagare su tali dubbi ed eventualmente di escluderli. La sproporzione tra prestazione ed offerta rappresenta l'elemento caratteristico della situazione. Essa deve trovare riscontro anche nella decisione di recepimento.

15. Se è discrezionale il modo di procedere per accertare che un'offerta manifestamente presenta un importo anormalmente basso, è invece regolato l'avvio della procedura di verifica nel caso in cui tale carattere venga accertato. Non sarebbe con ciò compatibile un'esclusione automatica. Qualora la norma di attuazione rispetti i criteri direttivi, differenze terminologiche quali « basse in modo anomalo » anziché offerte che « presentino manifestamente un carattere anormalmente basso » non ne pregiudicano la conformità con il diritto comunitario [domanda C, lett. a) e b)].

16. Rimane da chiarire (questione B — 1) se una normativa nazionale emanata per l'attuazione di una direttiva possa essere in seguito modificata dal legislatore dello Stato membro. A tal proposito va in primo luogo osservato che l'atto giuridico nazionale emanato al fine del recepimento ha esattamente le stesse caratteristiche formali di una normativa autonoma dello Stato membro. In linea di principio esistono pertanto le stesse possibilità di modifica che per ogni altra disposizione nazionale. Tuttavia, in quanto il legislatore dello Stato membro già in occasione dell'emanazione della normativa di recepimento era vincolato nel contenuto dalla direttiva, ciò vale necessariamente anche per le successive modifiche.

17. Nei settori in cui è lasciato un ambito di azione discrezionale al legislatore nazionale, questi può naturalmente attuare successive modifiche. Rientra infatti nello spirito del diritto comunitario anche la possibilità di introdurre eventuali emendamenti rispetto alla normativa comunitaria. Sono invece inammissibili deroghe che contraddicono prescrizioni ed obiettivi della direttiva.

18. Solo il diritto nazionale è rilevante per quanto riguarda la forma delle modifiche di contenuto ammissibile (questione B — 2). In quanto formalmente si tratta di autonomi atti legislativi degli Stati membri, principi procedurali propri del procedimento legislativo nell'ordinamento comunitario, noti e vincolanti, non possono venire trasferiti nell'ordinamento giudiziario degli Stati membri ed ivi valere quali requisiti di legittimità supplementari. Pertanto, l'obbligo di motivazione di cui all'art. 190 del trattato CEE, valido nel diritto comunitario, non è rilevante nell'emanazione di norme giuridiche nazionali.

19. Il giudice nazionale, nella questione D della domanda di pronuncia pregiudiziale, pone la questione se l'amministrazione comunale fosse vincolata alle norme comunitarie nel caso in cui la Corte di giustizia ritenga in contrasto con l'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 i rilevanti atti legislativi italiani. Poiché, come già osservato, questa decisione non spetta alla Corte di giustizia bensì al giudice nazionale sulla base dei criteri posti dalla Corte di giustizia stessa, le ulteriori osservazioni devono basarsi sull'ipotesi dell'incompatibilità con la direttiva delle norme nazionali di recepimento.

20. Per risolvere la questione se ed in qual misura l'amministrazione dello Stato membro sia vincolata alle norme comunitarie in caso di conflitto tra il diritto comunitario e quello nazionale, occorre in primo luogo distinguere a seconda della natura giuridica dei relativi atti giuridici comunitari.

21. I regolamenti, che hanno portata generale, sono obbligatori in tutti i loro elementi e direttamente applicabili in ciascuno degli Stati membri (art. 189, n. 2, del trattato CEE), riflettono senza limitazioni il primato del diritto comunitario e pertanto prevalgono sul diritto nazionale in contrasto con essi. Si tratta in questo caso di una gerarchia delle norme giuridiche stabilita a priori. Al regolamento spetta il compito di assicurare validità adeguata al rango del diritto comunitario.

22. L'esigenza di validità della direttiva impone considerazioni diverse. Poiché essa rivolge il suo imperativo giuridico agli Stati membri, in primo luogo da essa non derivano diritti o doveri per i singoli. Eccezioni a questa regola, secondo la giurisprudenza della Corte, sono possibili solo in quanto lo Stato membro non abbia adempiuto od abbia adempiuto in modo scorretto l'obbligo di attuazione della direttiva<sup>4</sup>.

23. La giurisprudenza non ha lo scopo di porre in questione la natura giuridica delle direttive, bensì attua una sanzione del com-

portamento illegittimo dello Stato membro nell'interesse dei cittadini comunitari. Che la giurisprudenza sulla diretta applicabilità delle direttive non è neanche diretta ad assicurare la completa osservanza della validità di una direttiva in un modo diverso dal recepimento da parte dello Stato membro risulta chiaro dal fatto che le disposizioni di una direttiva a pregiudizio dei singoli non sono dotate di applicabilità diretta.

24. Perché una disposizione di una direttiva possa essere direttamente applicabile, essa deve soddisfare a concrete esigenze. « In tutti i casi in cui disposizioni di una direttiva appaiono, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, tali disposizioni possono essere richiamate, in mancanza di provvedimenti d'attuazione adottati entro i termini, per opporsi a qualsiasi disposizione di diritto interno non conforme alla direttiva, ovvero in quanto sono atte a definire diritti che i singoli possono far valere nei confronti dello Stato »<sup>5</sup>. Quindi, qualora il legislatore comunitario voglia concedere al singolo diritti soggettivi attraverso l'ordinamento giuridico nazionale e l'obbligo dello Stato membro si sia per così dire perfezionato con la scadenza del termine, l'omissione dello Stato membro non può più tornare a svantaggio del singolo.

25. La situazione va giudicata diversamente quando lo Stato membro abbia già emanato norme di attuazione. In questo caso bisogna distinguere tra recepimento corretto e scorretto. In caso di corretto recepimento il singolo si trova confrontato esclusivamente alla norma nazionale<sup>6</sup>, sicché non sussiste al-

4 — Vedasi, ad esempio, sentenza 6 maggio 1980, causa 102/79, Commissione delle Comunità europee/Regno del Belgio, Racc. 1980, pag. 1473, punto 12 della motivazione; sentenza 20 settembre 1988, causa 31/87, Beentjes BV/ Stato dei Paesi Bassi, Racc. 1988, pag. 4635, punto 40 della motivazione.

5 — Vedasi sentenza 19 gennaio 1982, causa 8/81, Becker/ Finanzamt Münster, Racc. 1982, pag. 53, punto 25 della motivazione.

6 — Sentenza 15 luglio 1982, causa 270/81, Felicitas Rickmers-Linie KG & Co./Finanzamt für Verkehrssteuern di Amburgo, Racc. 1982, pag. 2771, punto 24 della motivazione; sentenza nella causa 8/81, citata, punto 19 della motivazione.

cuna possibilità di appellarsi alla direttiva<sup>7</sup>. Non è quindi neppure possibile un ricorso alla direttiva qualora la normativa dello Stato membro si discosti dal contenuto della direttiva in un settore in cui ciò è ammesso. Nel caso di recepimento scorretto si può configurare sia una normativa giuridica fin dall'inizio incompatibile con la direttiva, sia anche una successiva modifica della situazione giuridica, che provoca per la prima volta l'incompatibilità. In questi casi l'obbligo permanente degli Stati membri di cui agli artt. 189 e 5 del trattato CEE di completo e corretto recepimento permane ovvero sorge nuovamente. Anche in questi casi la Corte di giustizia ha riconosciuto che i singoli possono far valere la direttiva<sup>8</sup>. Va osservato in questo contesto che la modifica successiva della situazione giuridica costituisce un autonomo atto in contrasto con il diritto comunitario. D'altra parte, agli uffici statali è vietato far valere nei confronti del singolo il comportamento nazionale in contrasto con il diritto comunitario<sup>9</sup>.

26. Ammettendo che le norme giuridiche italiane che interessano siano in contrasto con l'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305, si pone la questione della loro diretta applicabilità. Una soluzione positiva è collegata alla questione del dovere di osservanza per l'amministrazione. Già nella sentenza nella causa 31/87<sup>10</sup>, la Corte di giustizia ha deciso che l'art. 29 della direttiva 71/305 è in principio dotato di diretta applicabilità. Sebbene essa non abbia espressamente formulato questa decisione rispetto al n. 5 della disposizione, essa deve tuttavia valere allo stesso modo anche per l'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305: la procedura di verifica che va ini-

ziata nel caso di sproporzione tra la prestazione ed un'offerta che manifestamente presenta un importo anormalmente basso non è connessa ad alcuna ulteriore condizione ed è formulata anche nei particolari. Quindi, tale disposizione è incondizionata e sufficientemente precisa. Essa non presuppone necessariamente per la sua applicazione l'emaneazione di un ulteriore atto giuridico.

27. Infine, l'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305 è anche idoneo ad istituire diritti nei confronti dei singoli. Come la Corte di giustizia ha già deciso nella causa *Transporoute*<sup>11</sup> e confermato nella causa 31/87<sup>12</sup>, « lo scopo di tale disposizione è quello di proteggere (...) l'offerente dall'arbitrio dell'amministrazione aggiudicatrice ». Tale scopo non potrebbe essere raggiunto qualora all'amministrazione stessa si lasciasse la valutazione dell'opportunità della richiesta di giustificazioni. L'obbligo di verifica, che vale quale garanzia processuale, può essere considerato un diritto soggettivo di chi presenta un'offerta che manifestamente è di importo anormalmente basso.

28. Per risolvere la questione se l'amministrazione possa essere legittimata ovvero obbligata a disapplicare il diritto nazionale in contrasto con il diritto comunitario (nel senso di incompatibilità con una direttiva), va considerato in primo luogo che:

— il diritto comunitario è parte dell'ordinamento giuridico interno dello Stato<sup>13</sup>,

7 — Rimane salva la possibilità di interpretare una disposizione di attuazione sulla base della direttiva.

8 — Vedasi sentenza 6 maggio 1980, causa 102/79, citata, Racc. 1980, pag. 1473, punto 12 della motivazione.

9 — Vedasi sentenza 13 febbraio 1985, causa 5/84, *Direct Cosmetics Ltd/Commissioners of Customs and Excise*, Racc. 1985, pag. 617, punti 37 e 38 della motivazione.

10 — Sentenza 20 settembre 1988, citata, Racc. 1988, pag. 4635.

11 — Sentenza nella causa 76/81, citata, pag. 417, punto 17 della motivazione.

12 — Citata, punto 42 della motivazione.

13 — Vedasi sentenza nella causa 8/81, citata, punto 23 della motivazione.

— è di rango superiore rispetto al diritto degli Stati membri e

— in linea di principio tutte le istanze statali sono obbligate ad un comportamento conforme al diritto comunitario.

29. L'obbligo di applicare il diritto comunitario riguarda quindi anche l'amministrazione statale. Nella misura in cui è vietato allo Stato nella sua totalità far valere nei confronti dei singoli disposizioni in deroga alla direttiva, che sono state introdotte o mantenute con inosservanza di obblighi di diritto comunitario, anche l'amministrazione statale è materialmente interessata da questo divieto<sup>14</sup>. Questo dovere assoluto di condotta conforme al diritto comunitario trova espressione nell'art. 5 del trattato CEE.

30. Ogni volta che un cittadino comunitario ha fatto appello alla diretta applicabilità delle norme delle direttive, la Corte di giustizia ha sempre finora ritenuto che questo « appello » avvenga dinanzi ai giudici interni dello Stato e che questi debbano osservare la normativa direttamente applicabile in quanto diritto comunitario in vigore<sup>15</sup>.

31. Bisogna in ogni caso ritenere che il singolo debba avere la possibilità anche nei confronti dell'amministrazione statale di appellarsi alla direttiva direttamente applicabile. Se egli consegue in tal modo il risultato voluto, l'amministrazione dello Stato membro ha agito conformemente al diritto co-

munitario. Dal punto di vista del diritto comunitario non vi è più ragione di adire un'istanza giudiziaria. Non era quindi assolutamente necessario l'intervento di un giudice. Rispetto al nostro caso ciò assume il seguente significato: se il comune di Milano avesse dato corso alla procedura di cui all'art. 29, n. 5, e ne avesse preso in considerazione il risultato nella sua decisione, dal punto di vista del diritto comunitario non sarebbe stato necessario l'intervento di un giudice.

32. Ciò è necessario solo qualora il singolo si sia appellato senza esito, dinanzi all'amministrazione, alla direttiva direttamente applicabile. In un tale caso i giudici sono chiamati a tutelare la posizione di diritto comunitario del singolo.

33. Dal punto di vista del singolo è a tal riguardo necessario che esso debba potersi appellare alla norma direttamente applicabile. Eventualmente deve a tal fine percorrere le vie legali, in cui ha a disposizione tutti i mezzi di tutela giuridica interni statali, come se procedesse solo in base al diritto nazionale. Le possibilità di appellarsi ad una disposizione della direttiva direttamente applicabile non giungono in ogni caso a stabilire nuovi procedimenti di tutela giuridica<sup>16</sup>.

34. Poiché la Corte di giustizia ha dichiarato in un altro contesto che « il sistema di tutela giurisdizionale istituito dal trattato, il quale trova particolare espressione nell'art. 177, implica che « qualsiasi tipo d'azione contemplato dal diritto nazionale deve poter essere esperito dinanzi ai giudici nazionali per garantire il rispetto delle norme comuni-

14 — Vedasi sentenza nella causa 5/84, citata, pag. 612, punti 37 e 38 della motivazione.

15 — Vedasi, ad esempio, la sentenza nella causa 8/81, citata, punto 23 della motivazione.

16 — Vedasi sentenza 7 luglio 1981, causa 158/80, Rewe Handelsgesellschaft Nord und Rewe Markt Steffen/Hauptzollamt Kiel, Racc. 1981, pag. 1805, punto 39 e seguenti della motivazione.

tarie direttamente efficaci alle stesse condizioni di ricevibilità e di procedura che valgono quando si tratta di garantire l'osservanza del diritto nazionale»<sup>17</sup>, si può parlare di un tipo di garanzia legale del recepimento del diritto comunitario direttamente applicabile.

35. Nella prospettiva dell'amministrazione, bisogna distinguere a seconda se l'autorità nutre dubbi sulla conformità al diritto comunitario della normativa nazionale o se il conflitto era già oggetto di una decisione giudiziale. In tal caso dobbiamo ritenere, secondo la consolidata giurisprudenza, che il singolo può appellarsi a tali decisioni dinanzi al giudice. Se egli può farlo dinanzi al giudice, dovrà anche essergli concesso il diritto di farlo dinanzi all'amministrazione, affinché questa sia informata esaurientemente sulla posizione di partenza del singolo nella questione da decidere. Ma, se il singolo ha il diritto di far valere una posizione dinanzi all'amministrazione, sarà necessario concedere a questa anche il diritto di aderirvi. Infatti, non avrebbe senso interdire all'amministrazione di prendere una decisione giusta secondo il diritto comunitario, cui essa è alla fine obbligata.

36. La questione è solo se le si possa imporre un corrispondente obbligo di diritto comunitario. Darei una soluzione negativa alla questione, in quanto l'amministrazione non ha la possibilità di adire la Corte di giustizia e di far dichiarare la diretta applicabilità della disposizione della direttiva di cui trattasi. Qualora essa applichi le disposizioni della direttiva direttamente applicabili e non ottemperi al diritto nazionale in contrasto con essa, essa agisce a proprio rischio senza la copertura della Corte di giustizia. A ciò

essa è a mio parere legittimata, ma non obbligata, in quanto il trattato non le fornisce la necessaria tutela giuridica per questa condotta.

37. Questa soluzione risponde anche al problema sollevato dal rappresentante in giudizio della Commissione nella trattazione orale, ovvero se la Commissione, nel caso della mancata attuazione di una direttiva, abbia due volte la possibilità di presentare un ricorso per inottemperanza del trattato, una volta per mancato recepimento e l'altra per mancata applicazione. Poiché — come qui sostenuto — non sussiste un obbligo dell'amministrazione di applicare direttamente le disposizioni di una direttiva, non è possibile instaurare un procedimento per inottemperanza del trattato. In ciò consiste la differenza rispetto al regolamento. Infatti, l'amministrazione degli Stati membri è non solo legittimata, ma anche obbligata ad applicare quest'ultimo anche nel caso in cui il diritto nazionale sia in contrasto con esso, in quanto l'amministrazione risulta in questo caso tutelata dall'art. 189 del trattato CEE; l'obbligatorietà e la diretta applicabilità del regolamento non lasciano adito a dubbi. L'applicazione di tali disposizioni appartiene alla normale sfera di competenza di ogni amministrazione.

38. Gli argomenti contrari, che in sostanza si fondano sul fatto che le differenze tra direttiva e regolamento sono scomparse, non si oppongono al punto qui difeso, nella misura in cui non si impone all'amministrazione neanche l'obbligo di osservanza della direttiva direttamente applicabile. Nello stesso senso non rappresenta neanche un problema la circostanza che l'amministrazione non abbia la facoltà giuridica di adire direttamente la Corte di giustizia con una domanda di pronuncia pregiudiziale. Essa applicherà la direttiva direttamente efficace

17 — Vedasi sentenza nella causa 158/80, citata, punto 46 della motivazione.

solo qualora abbia raggiunto il convincimento che nel caso concreto l'applicabilità non è in questione. Essa agirà in questo caso quale organo di esecuzione del diritto comunitario. Del resto permane anche l'obbligo degli organi legislativi di conformare l'ordinamento giuridico nazionale, in quanto solo attraverso il corretto recepimento nascerà anche l'obbligo dell'amministrazione di applicare la situazione giuridica conforme alla direttiva.

39. Analogo è il caso di una precedente decisione giudiziale. Qualora il conflitto di norme sia già stato oggetto di un chiarimento in via astratta, non si può impedire all'amministrazione di applicare effettivamente la norma direttamente applicabile, una volta che essa non abbia materialmente più alcun potere di far valere nei confronti del singolo la norma in contrasto con il diritto comunitario<sup>18</sup>. Un siffatto chiarimento non deve necessariamente risultare dinanzi ad un giudice nazionale, ma può anche essere stato formulato in un precedente procedimento di pronuncia pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia. Infatti, sebbene i procedimenti di pronuncia pregiudiziale non abbiano formalmente efficacia erga omnes, tuttavia la Corte di giustizia, riguardo alle decisioni relative all'accertamento della validità ai sensi dell'art. 177 del trattato CEE, ha dichiarato che la sentenza, sebbene abbia come diretto destinatario solo il giudice che si è rivolto alla Corte, costituisce per qualsiasi altro giudice un motivo sufficiente per considerare l'atto non valido ai fini di una decisione che esso debba emettere. La Corte di giustizia fonda la decisione sulle esigenze dell'applicazione uniforme del diritto comunitario e della certezza del diritto<sup>19</sup>. Il singolo deve anche avere il diritto di appellarsi ad una direttiva dinanzi all'amministrazione e questa deve avere il potere di ottemperare a tale richiesta.

18 — Vedasi sentenza nella causa 5/84, citata, pag. 612, punti 37 e 38 della motivazione.

19 — Sentenza 13 maggio 1981, causa 66/80, International Chemical Corporation SpA/Amministrazione delle finanze dello Stato, Racc. 1981, pag. 1191, punti 12 e 13 della motivazione.

40. A queste limitate condizioni la disposizione della direttiva direttamente applicabile può essere considerata rispetto alla sua efficacia alla pari di altre disposizioni del diritto comunitario dotate di validità generale. Poiché con questi presupposti il conflitto di norme sarà deciso in base all'astratta gerarchia delle fonti giuridiche, non è necessario adire nuovamente l'istanza giudiziaria.

41. In considerazione del fatto che all'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305, in un procedimento di pronuncia pregiudiziale, è stata riconosciuta diretta applicabilità<sup>20</sup>, se ne potrebbe dedurre, rispetto alle questioni che la Corte deve risolvere nel presente caso, che l'amministrazione era legittimata ad applicare direttamente l'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305. D'altra parte, la menzionata sentenza è stata pronunciata solo dopo la decisione amministrativa che l'autorità doveva prendere<sup>21</sup>.

42. Nondimeno, l'inammissibilità di una procedura automatica di esclusione di un'offerta che presenti « manifestamente un carattere anormalmente basso » era stata stabilita dalla Corte di giustizia<sup>22</sup>. Dal punto di vista del diritto sostanziale, sussisteva quindi motivo per l'autorità interessata di non applicare una norma giuridica che disponeva un'esclusione sulla base di mero calcolo.

43. Anche se conseguentemente può dedursi una legittimazione in base al diritto comunitario a non applicare la dubbia norma del diritto nazionale, non può tuttavia discendere dalle precedenti considerazioni l'obbligo di seguire tale condotta. Infatti, in quanto continuano a sussistere dubbi moti-

20 — Vedasi sentenza nella causa 31/87, citata.

21 — La sentenza nella causa 31/87 è del 20 settembre 1988, la decisione controversa del 24 luglio 1987 (cfr. domanda di pronuncia pregiudiziale 16 febbraio 1987, « In fatto », primo comma).

22 — Sentenza nella causa 76/81, citata, pag. 417.

vati sull'applicabilità del diritto comunitario, deve rimanere aperta anche per l'amministrazione la possibilità di chiarimento. Anche ai giudici rimane la facoltà, dopo una decisione pregiudiziale già pronunciata, di sottoporre alla Corte di giustizia nuove questioni per ottenere chiarimenti. E questa facoltà esiste sia nel caso di una precedente decisione di un'altra causa, sia anche nella stessa.

### *Sulle spese*

44. Nei confronti delle parti e delle intervenienti nella causa nazionale, il procedimento dinanzi alla Corte di giustizia ha il carattere di un incidente. Spetta pertanto al giudice nazionale statuire sulle spese. Le spese sostenute dal governo italiano e da quello spagnolo nonché dalla Commissione non possono dar luogo a rifusione.

## **C — Conclusioni**

45. 1) Lo svolgimento di una procedura di verifica in presenza di un'offerta che presenti « manifestamente un carattere anormalmente basso », di cui all'art. 29, n. 5, della direttiva 71/305, costituisce obbligo inderogabile e va pertanto riportato nella normativa nazionale di recepimento (questione A). L'indicazione più specifica di un'offerta che presenta « manifestamente un carattere anormalmente basso » è invece lasciata alla discrezionalità del legislatore dello Stato membro (questione C).
- 2) In linea di principio ogni Stato membro conserva la facoltà di modificare una normativa di recepimento legittimamente emanata per l'attuazione di una direttiva, nella misura in cui il contenuto della normativa rientra nell'ambito fissato dalla direttiva stessa. Relativamente alle forme ed ai mezzi della modifica è decisivo solo il diritto nazionale (questione B).
- 3) In caso di incompatibilità delle disposizioni nazionali di recepimento con la direttiva, l'amministrazione è legittimata e, qualora sia già altrimenti intervenuto un chiarimento giudiziale sul contenuto e la portata delle disposizioni, anche obbligata a disapplicare il diritto nazionale. All'autorità è tuttavia consentito, nel caso di dubbi sulla situazione giuridica da applicare, richiedere un chiarimento giudiziale, in cui vengono in considerazione tutti i mezzi di tutela giuridica nazionali (questione D).