
UNIVERSITÀ DI TORINO
MEMORIE DEL DIPARTIMENTO
DI SCIENZE GIURIDICHE

SERIE V

MEMORIA XV

MARIA MARGHERITA SALVADORI

GLI APPALTI PUBBLICI
NELL'ORGANIZZAZIONE MONDIALE
DEL COMMERCIO
E NELLA COMUNITÀ EUROPEA



NAPOLI — CASA EDITRICE JOVENE — 2001

GLI APPALTI PUBBLICI
NELL'ORGANIZZAZIONE MONDIALE DEL COMMERCIO
E NELLA COMUNITÀ EUROPEA

UNIVERSITÀ DI TORINO
MEMORIE DEL DIPARTIMENTO
DI SCIENZE GIURIDICHE

SERIE V

MEMORIA XV

MARIA MARGHERITA SALVADORI

**GLI APPALTI PUBBLICI
NELL'ORGANIZZAZIONE MONDIALE
DEL COMMERCIO
E NELLA COMUNITÀ EUROPEA**



NAPOLI — CASA EDITRICE GIOVENE — 2001

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI
© Copyright 2001 by Casa Editrice Jovene - Napoli

Stampato in Italia

Printed in Italy

Litografia N. Libero - Fuorigrotta - Napoli

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO

IL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO

	<i>pag.</i>
1.1. La rilevanza internazionale degli appalti pubblici	1
1.1.1. L'identificazione della nozione di appalto pubblico nel diritto del commercio internazionale	1
1.1.2. Gli appalti pubblici quali barriera non tariffaria agli scambi internazionali	4
1.1.3. Le soglie di valore monetario quale parametro della rilevanza internazionale dell'appalto pubblico	8
1.2. Profili storici e normativi dell'Accordo sugli appalti pubblici del 1994	13
1.2.1. Le norme rilevanti nella disciplina del commercio internazionale: dalla Carta dell'Avana al GATT	13
1.2.2. Il Codice sugli appalti pubblici del 1979	19
1.2.3. Gli accordi Stati Uniti - Comunità europea	25
1.2.4. L'Accordo sugli appalti pubblici del 1994	32
1.2.4.1. Struttura e campo di applicazione	40
1.2.4.2. Il sistema delle Appendici e degli Allegati: l'applicazione condizionata del principio di non discriminazione	43
1.2.4.3. La previsione di procedure di impugnazione nazionali a favore degli operatori economici	50
1.2.4.4. La soluzione delle controversie davanti l'Organo di composizione delle controversie	54
1.2.5. La continuazione dei negoziati. Il GATS e gli appalti pubblici di servizi. Il Gruppo di lavoro per l'Accordo sulla trasparenza negli appalti pubblici	59
1.3. La disciplina degli appalti pubblici nella Comunità europea prima dell'Accordo del 1994	64
1.3.1. I principi del Trattato CE e gli appalti pubblici	64
1.3.2. Il ravvicinamento delle legislazioni nazionali ai fini dell'instaurazione e del funzionamento del mercato interno	66

	<i>pag.</i>
1.3.3. La prima generazione di direttive lavori e forniture	69
1.3.4. La seconda generazione di direttive. L'apertura alla concorrenza dei c.d. settori esclusi	73
1.3.5. Le direttive dei primi anni '90	81
1.3.6. Le direttive sulle procedure di ricorso nazionali	83

CAPITOLO SECONDO

L'APPLICAZIONE DELL'ACCORDO
SUGLI APPALTI PUBBLICI DEL 1994
NEL DIRITTO COMUNITARIO

2.1. La competenza della Comunità europea a concludere accordi in materia di appalti pubblici	89
2.1.1. La conclusione di accordi internazionali nel Trattato CE	91
2.1.1.1. La competenza esterna della Comunità europea in materia di politica commerciale comune	93
2.1.1.2. (<i>Segue</i>): Il Parere 1/94 della Corte di Giustizia	99
2.1.1.3. L'adozione di norme comuni quale parametro della competenza esclusiva comunitaria per la conclusione di accordi internazionali in materia di appalti pubblici	105
2.1.2. La procedura per concludere gli accordi della Comunità europea	113
2.1.2.1. Il ruolo della Commissione e del Consiglio nella negoziazione e nella conclusione degli accordi in materia di appalti pubblici	113
2.1.2.2. Il ruolo del Parlamento. La sentenza 'Parlamento europeo contro Consiglio' per l'annullamento delle decisioni relative agli accordi Stati Uniti-Comunità europea in materia di appalti pubblici	118
2.1.3. La partecipazione della Comunità europea all'Accordo del 1994	123
2.2. L'adattamento agli obblighi derivanti dall'Accordo del 1994 nel diritto comunitario	126
2.2.1. Il procedimento ordinario di adattamento utilizzato per coordinare le norme internazionali con quelle dell'ordinamento comunitario	126
2.2.2. Le direttive di adattamento agli obblighi discendenti dall'Accordo sugli appalti pubblici del 1994	131

	<i>pag.</i>
2.2.3. Il carattere sostanziale delle direttive di adattamento all'Accordo sugli appalti pubblici	142
2.3. Gli effetti dell'accordo del 1994 nel diritto comunitario	147
2.3.1. La negazione degli effetti diretti dell'Accordo GATT nella giurisprudenza della Corte di Giustizia	147
2.3.2. Il limitato riconoscimento degli effetti diretti degli accordi OMC	154
2.3.3. Sugli effetti delle decisioni OMC nell'ordinamento comunitario	164

CAPITOLO TERZO

LA SELEZIONE DEGLI OPERATORI ECONOMICI

3.1. Notazioni preliminari	169
3.2. La qualificazione soggettiva dei candidati al fine della partecipazione alle gare	174
3.2.1. L'obbligo di pubblicazione delle condizioni richieste nella singola procedura di aggiudicazione	182
3.2.2. La situazione personale degli operatori economici: i casi di esclusione	187
3.2.3. Le condizioni di partecipazione alle procedure di aggiudicazione	193
3.2.3.1. La capacità di realizzare l'appalto quale condizione di partecipazione prevista dall'Accordo sugli appalti pubblici	195
3.2.3.2. L'iscrizione ai registri professionali. Lo status professionale dei candidati	196
3.2.3.3. La capacità finanziaria ed economica	201
3.2.3.4. La capacità e competenza tecnica	203
3.2.4. L'iscrizione degli operatori economici negli elenchi ufficiali	208
3.3. I criteri di aggiudicazione dell'appalto pubblico	216
3.3.1. I due criteri previsti: il prezzo più basso e l'offerta economicamente più vantaggiosa	217
3.3.1.1. Il procedimento per l'esclusione dell'offerta anomala	219
3.3.2. La definizione dell'offerta economicamente più vantaggiosa	223
3.3.2.1. Le valutazioni fondate su parametri ambientali	227
3.3.2.2. La possibilità di integrare aspetti sociali	233
3.3.2.3. La riserva a favore di determinate imprese	236

	<i>pag.</i>
3.3.3. I sistemi di preferenza sul prezzo	240
3.3.3.1. Il caso della legge dello Stato del Massachusetts contro la violazione dei diritti dell'uomo in Birma- nia: la tutela dei diritti fondamentali	243
Giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee	249
<i>Bibliografia</i>	259

CAPITOLO PRIMO

IL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO

SOMMARIO: 1.1. La rilevanza internazionale degli appalti pubblici. – 1.1.1. L'identificazione della nozione di appalto pubblico nel diritto del commercio internazionale. – 1.1.2. Gli appalti pubblici quali barriera non tariffaria agli scambi internazionali. – 1.1.3. Le soglie di valore monetario quale parametro della rilevanza internazionale dell'appalto pubblico. – 1.2. Profili storici e normativi dell'Accordo sugli appalti pubblici del 1994. – 1.2.1. Le norme rilevanti nella disciplina del commercio internazionale: dalla Carta dell'Avana al GATT. – 1.2.2. Il Codice sugli appalti pubblici del 1979. – 1.2.3. Gli accordi Stati Uniti - Comunità europea. – 1.2.4. L'Accordo sugli appalti pubblici del 1994. – 1.2.4.1. Struttura e campo di applicazione. – 1.2.4.2. Il sistema delle Appendici e degli Allegati: l'applicazione condizionata del principio di non discriminazione. – 1.2.4.3. La previsione di procedure di impugnazione nazionali a favore degli operatori economici. – 1.2.4.4. La soluzione delle controversie avanti l'Organo di composizione delle controversie. – 1.2.5. La continuazione dei negoziati. Il GATS e gli appalti pubblici di servizi. Il Gruppo di lavoro per l'Accordo sulla trasparenza negli appalti pubblici. – 1.3. La disciplina degli appalti pubblici nella Comunità europea prima dell'Accordo del 1994. – 1.3.1. I principi del Trattato CE e gli appalti pubblici. – 1.3.2. Il ravvicinamento delle legislazioni nazionali ai fini dell'instaurazione e del funzionamento del mercato interno. – 1.3.3. La prima generazione di direttive lavori e forniture. – 1.3.4. La seconda generazione di direttive. L'apertura alla concorrenza dei c.d. settori esclusi. – 1.3.5. Le direttive dei primi anni '90. – 1.3.6. Le direttive sulle procedure di ricorso nazionali.

1.1. *La rilevanza internazionale degli appalti pubblici.*1.1.1. *L'identificazione della nozione di appalto pubblico nel diritto del commercio internazionale.*

La costruzione di opere e l'acquisto di prodotti e servizi da parte di soggetti pubblici per soddisfare i loro bisogni rappresentano una quota importante della spesa pubblica in tutti i paesi e incidono sugli scambi commerciali internazionali, in particolare quando al concetto di *free trade* si unisca quello di *fair trade*, teso a garantire parità di opportunità a tutti gli operatori. Per lungo tempo, tuttavia, gli appalti pubblici sono stati esclusi da ogni accordo commerciale internazionale, poiché la maggior parte degli Stati non era disponibile a concludere accordi che aprissero i mercati nazionali alla concorrenza degli operatori economici stranieri.

Ai fini della liberalizzazione degli scambi commerciali internazionali, hanno rilievo i contratti attraverso i quali le autorità di governo nazionali, utilizzando fondi pubblici, si procurano beni e servizi o costruiscono opere necessarie allo svolgimento delle attività istituzionali, indipendentemente dalla loro qualificazione e dalla disciplina prevista nell'ambito degli ordinamenti interni. In relazione a questi elementi la disciplina internazionale degli appalti pubblici supera la tipologia del contratto, di diritto pubblico o di diritto privato, avente rilievo nei diversi ordinamenti giuridici nazionali, ed individua qualificazioni autonome ed indipendenti, rispetto agli ordinamenti nazionali coinvolti. In particolare, la disciplina internazionale si concentra sulla fase di formazione del contratto, la c.d. fase di aggiudicazione del contratto di appalto pubblico. L'obiettivo è che leggi, regolamenti, procedure o pratiche nazionali in materia siano più trasparenti e non abbiano come effetto di proteggere prodotti e operatori nazionali, né di discriminare prodotti e operatori stranieri. Ciò senza attribuire alcun rilievo ai conseguenti negozi giuridici posti in essere successivamente alla procedura di aggiudicazione, che continuano ad essere disciplinati unicamente dal diritto nazionale.

Queste osservazioni permettono di chiarire che, per il diritto internazionale, non hanno alcun rilievo né le eventuali fi-

gure contrattuali di diritto pubblico disciplinate negli ordinamenti interni, anche eventualmente caratterizzate dal ruolo sovraordinato della pubblica amministrazione rispetto al contraente privato, né le altre figure contrattuali previste dal diritto nazionale. La disciplina di origine internazionale non interferisce, e neppure vuole interferire, con le scelte di diritto amministrativo degli Stati, ma si limita a richiedere che procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici si svolgano attraverso particolari forme di pubblicità, al fine di garantire la *par condicio* tra potenziali contraenti.

È chiaro, invece, che la disciplina internazionale degli appalti pubblici trova numerosi punti di contatto con il più ampio problema dell'intervento dello Stato nell'economia nazionale, sia sotto il profilo dell'esercizio dell'attività economica da parte di imprese pubbliche, o in posizione di monopolio, o che esercitano diritti speciali ed esclusivi, sia sotto il profilo delle sovvenzioni pubbliche alle imprese.

Fenomeni di privatizzazione e, più in generale, di deregolamentazione tesi a ridurre l'intervento dello Stato nell'economia, si evidenziano a partire dagli anni '70, nel contesto internazionale, e dagli anni '80, nel più ristretto contesto della Comunità europea. Questi fenomeni, affermando l'applicazione di regole di concorrenza in settori prima esclusi, sottraggono alla disciplina internazionale degli appalti pubblici potenziali ambiti di applicazione, ma realizzano, attraverso altra via, la stessa finalità di affermare le regole di concorrenza nel commercio internazionale.

Per quanto concerne le sovvenzioni pubbliche alle imprese, è vero che il trasferimento diretto di fondi pubblici costituisce un tipo di intervento non concorrenziale nell'economia, ma rispetto ad analoghi interventi realizzati attraverso normative in materia di appalti pubblici¹ è una modalità più

¹ Il riferimento è ai sistemi di preferenza nazionali, v. *infra* capitolo 3, in particolare par. 3.3.2.3.

trasparente e trova una specifica disciplina nel diritto internazionale².

1.1.2. *Gli appalti pubblici quali barriera non tariffaria agli scambi internazionali.*

La costruzione di opere e l'acquisto di prodotti e servizi attraverso contratti aggiudicati esclusivamente a favore di prodotti o imprese nazionali costituiscono un'importante barriera non tariffaria al commercio internazionale, anche sotto il profilo quantitativo³. Secondo gli ultimi dati dell'Unione europea, l'importanza economica degli appalti pubblici è pari al 14% del prodotto interno lordo di tutti gli Stati membri⁴.

² Al generale divieto delle sovvenzioni all'esportazione, di cui all'articolo XVI del GATT, oggi si aggiunge uno specifico accordo dell'Organizzazione mondiale del commercio sulle sovvenzioni.

³ Secondo i dati O.C.S.E., l'importanza economica del settore pubblico, come percentuale del prodotto interno lordo, è cresciuta in modo geometrico successivamente alla seconda guerra mondiale, v. O.C.S.E., *Government Purchasing in Europe, North America and Japan. Regulations and Procedures*, Paris, 1966. Ricordiamo anche che con il termine «non-tariff measures» in ambito UNCTAD si indicano «all government regulations and practices that may distort international trade by introducing differential treatment for imported and domestically produced goods». Cfr. COMBA, *Il neo liberismo internazionale. Strutture giuridiche a dimensione mondiale dagli Accordi di Bretton Woods all'Organizzazione mondiale del commercio*, Milano, 1995, p. 31 ss.; WEISS, *Public Procurement in European Community Law*, London, 1993, p. 13 ss.

⁴ V. Preparation of the Internal Market Council, Bruxelles 31 Maggio 2001, *Discussions on internal market issues at the 30-31 May 2001 meeting of the EU's Council of Ministers responsible for the Internal Market*, Consumer Affairs and Tourism under the chairmanship of Swedish Trade Minister, *Public Procurement Legislative Package (JT)*, «Contracts for public works and for purchases of goods and services by public authorities and public utilities account for around 14% of the Union's GDP». Secondo la stima del c.d. Rapporto Cecchini, nel 1986 i paesi in quel momento membri della Comunità eu-

Le motivazioni che spingono gli Stati ad emanare norme giuridiche e a porre in essere una molteplicità di prassi amministrative discriminatorie nei confronti dei prodotti e delle imprese straniere sono molteplici, non ultimo un forte istinto protezionistico⁵. In particolare, possiamo individuare tre motivazioni principali. In primo luogo, l'equilibrio della bilancia dei pagamenti. Attraverso l'esclusione dei fornitori stranieri è, infatti, possibile intervenire sul volume delle importazioni senza adottare provvedimenti di riduzione della spesa privata.

ropea avevano speso 530 miliardi di ECU in acquisti pubblici, pari al 15% del prodotto interno lordo dell'intera Comunità, v. CECCHINI, *Il protezionismo governativo negli appalti pubblici. Un autogoal*, in *La sfida del 1992. Una grande scommessa per l'Europa*, Piacenza, 1988, p. 42 ss. V. anche GORDON, RIMMER, ARROWSMITH, *The Economic Impact of the European Union Regime on Public Procurement: Lesson for the WTO*, in ARROWSMITH, DAVIES, *Public Procurement: Global Revolution*, London, 1998, p. 27 ss.; BARTHE, *Economie de l'Union Européenne*, Paris, 2000, p. 77 ss.

⁵ «This tendency to pursue protectionist ends in procurement is widespread and seemingly instinctive», DAM, *The GATT. Law and International Economic Organization*, Chicago, 1970, p. 202. «It is well known that public agencies can use their not insignificant purchasing power either as a conscious instrument of industrial policy or merely as a means of subconscious, instinctive protection», v. CURZON PRICE, *Free Trade Areas, The European Experience. What Lesson for Canadian-U.S. Trade Liberalisation?*, Toronto, 1987, p. 30. Sul problema delle motivazioni economico-politiche che spingono gli Stati a porre in essere azioni di tipo protezionistico ed a legittimare, anche attraverso disposizioni legislative, pratiche restrittive all'accesso di imprese straniere alle gare d'appalto, v. BALDWIN, *Non Tariff Distortions of International Trade*, Washington, 1970, p. 58 ss.; MESSERLIN, *The Political Economy Protection: The Bureaucratic Case*, in *Weltwirtschaftliches Archiv*, 1981, p. 469 ss.; DEARDORFF, STERN, *Methods of Measurement of Non-Tariff Barriers*, Ginevra, 1985, p. 107 ss.; MATTERA, *Les marchés publics: dernier rempart du protectionnisme des États*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1993, n. 3, p. 5 ss.; BRANCO, *Favoring Domestic Firms in Procurement Contracts*, in *Journal of International Economics*, 1994, p. 65 ss.; BRETON, SALMON, *Are Discriminatory Procurement Policies Motivated by Protectionism?*, in *Kyklos*, 1995, p. 47 ss.; FRANCOIS, MARTIN, *Multilateral Trade Rules and the Expected Cost of Protection*, CEPR Discussion Paper 1995, No. 1214.

L'aumento di spesa sul mercato nazionale garantisce inoltre un consenso politico più ampio, rispetto all'imposizione di restrizioni quantitative alle importazioni⁶. In secondo luogo, la sicurezza nazionale. Da un lato, l'incidenza economica delle spese militari continua ad essere molto rilevante nella politica mondiale contemporanea⁷, dall'altro, la sicurezza nazionale rappresenta una motivazione facilmente utilizzabile per sottrarre diverse produzioni ad un regime di libera concorrenza⁸. In terzo luogo, la realizzazione di obiettivi di politica economica e sociale. Infatti, limitando il ricorso a fornitori stranieri

⁶ Inoltre, come è stato sottolineato, «restrictions imposed to alleviate balance-of-payments problems would not lend themselves to effective regulation by a government procurement clause in the General Agreement. Since governments are permitted under the General Agreement to impose balance-of-payments restrictions on purchases in the private sector, few would likely be willing to renounce the power to impose such restrictions on their own purchases», DAM, *The GATT. Law and International Economic Organization*, op. cit., p. 200. V. anche, BALDWIN, RICHARDSON, *Government Purchasing Policies, Other NTBs, and the International Monetary Crisis*, in ENGLISH, HAY, *Obstacles to Trade in the Pacific Area*, Ottawa, 1972, p. 117 ss.

⁷ Negli Stati Uniti, ad esempio, il Dipartimento della difesa gestisce l'80% del valore totale degli appalti pubblici federali; v. RAPPORTO ATKINS, «*The «Cost of Non-Europe» in Public-Sector Procurement*», Luxemburg, 1988, parte A, p. 13. In Italia, nel 1986, il Ministero della difesa ha impegnato il 53,71% del proprio fabbisogno di cassa per spese correnti in acquisti di beni e servizi: su uno stanziamento per spese correnti che è pari a 17.076.670 milioni di lire, c'è stato un impegno di spesa di 9.171.735 milioni di lire per acquisto di beni e servizi, mentre nello stesso periodo il Ministero dei lavori pubblici ha stanziato 3.152.302 milioni di lire per la realizzazione di beni ed opere immobiliari a carico diretto dello Stato. «Il che dimostra oggettivamente che il volume di stanziamento di spesa del Ministero della difesa è di gran lunga più importante di quello del Ministero dei lavori pubblici nell'ambito dell'intero bilancio dello Stato».

⁸ Come ha criticamente evidenziato DAM, *The GATT. Law and International Economic Organization*, op. cit., «Among the industries that applied to the director of the U.S. Office of Civil and Defense Mobilization for «national security» relief from imports were those manufacturing dental burrs, clinical thermometers, stecil silk, wool felt, and wooden boats», p. 201.

è possibile sia perseguire politiche regionali e strutturali di ampio respiro, sia intervenire per la ristrutturazione o il risanamento di specifiche imprese⁹. La stessa pubblica opinione è normalmente favorevole all'utilizzazione della spesa pubblica per incoraggiare l'industria locale e per assicurare un maggiore impiego della forza lavoro nazionale¹⁰.

Peraltro, l'analisi economica ha evidenziato come i comportamenti discriminatori nell'aggiudicazione degli appalti pubblici abbiano effetti distorsivi sui flussi commerciali e sugli investimenti e come l'abolizione di tali prassi possa invece portare sia ad un risparmio nella spesa pubblica nazionale, sia all'aumento della concorrenza tra imprese negli scambi internazionali¹¹. Tuttavia, a differenza delle altre barriere non tarif-

⁹ V. in particolare, MCAFEE, MCMILLAN, *Government Procurement and International Trade*, in *Journal of International Economics*, 1989, p. 291 ss.; CHEN, *Directing Government Procurement as an Incentive of Production*, in *Journal of Economic Integration*, 1995, p. 130 ss.; SAHAYDACHNY, WALLACE, *Opening Government Procurement Markets*, in RODRÍGUEZ, LOW, KOTSCHWAR, *Trade Rules in the Making: Challenges in Regional and Multilateral Negotiations*, Washington D.C., 1999, p. 462 ss.

¹⁰ Come è stato sottolineato dal RAPPORTO ATKINS, «Usually, there is no specific policy of buying national goods, but there are strong psychological, administrative and practical pressures», «*The «Cost of Non-Europe» in Public-Sector Procurement*», part. A, p. 7.

¹¹ Secondo il RAPPORTO ATKINS, «*The «Cost of Non-Europe» in Public-Sector Procurement*», parte B, p. 9, «the potential savings in public expenditure have been estimated in terms of: the *static trade effect* - by buying from the cheapest supplying country at present prices; the *competition effect* - reduction in prices from national producers who are faced with foreign competition for the first time. It is assumed that these price reductions can be met by reduction in real production costs, by investment in new technology or by eliminating «x-inefficiency»; the *restructuring effect* - the long run saving arising from economies of scale, including shared R&D and distribution cost, following industry restructuring in certain key sectors dominated by public sector purchasing». Alle stesse conclusioni arrivano, ABRAMS, CORNELIUS, HEDFORS, GUNNAR, *The Impact of the European Community's Internal Market on the EFTA*, I.M.F. Occasional Paper, dicembre 1990, n. 74, p. 23 ss., e

farie agli scambi commerciali, le misure discriminatorie nel mercato degli appalti pubblici offrono il vantaggio di essere più difficilmente individuabili. Infatti, mentre l'intervento protezionistico attraverso l'imposizione di tariffe, restrizioni quantitative o aiuti statali è facilmente quantificabile, la quota di riserva o l'incidenza delle preferenze nelle gare d'appalto sfugge facilmente anche alle semplici rilevazioni statistiche, essendo nella maggior parte dei casi dovuta ad una decisione discrezionale dell'autorità pubblica¹².

1.1.3. *Le soglie di valore monetario quale parametro della rilevanza internazionale dell'appalto pubblico*

Se l'obiettivo della disciplina internazionale è quello di salvaguardare l'interesse delle imprese alla libera concorrenza, cercando di garantire loro le stesse possibilità di partecipazione alle gare, indipendentemente dalla loro provenienza nazionale, la particolare attenzione attribuita al fenomeno economico considerato è evidente anche nella costante previsione di una soglia minima di valore monetario del contratto sottostante quale condizione necessaria per l'applicabilità della stessa disciplina internazionale. Solo gli appalti pubblici che abbiano

MATTOO, *Economic Theory and the Procurement Agreement*, in HOEKMAN, MAVROIDIS, *Law and Policy in Public Purchasing. The WTO Agreement on Government Procurement*, Ann Arbor (Michigan), 1997, p. 57 ss.

¹² Oltre agli autori già richiamati, v. HORSCH, *Eliminating Non Tariff Barriers to International Trade: the MTN Agreement on Government Procurement*, in *New York Univ. Journal of International Law & Pol.*, 1979/80, p. 315 ss.; JONES, *The GATT-MTN System and the European Community as International Frameworks for the Regulation of Economic Activity: the Removal of Barriers to Trade in Government Procurement*, in *Maryland Journal of International Law and Trade*, 1984, p. 53 ss.; DELTAD, EVENETT, *Quantitative Estimates of the Effects of Preference Policies*, in HOEKMAN, MAVROIDIS, *Law and Policy in Public Purchasing. The WTO Agreement on Government Procurement*, Ann Arbor (Michigan), 1997, p. 73 ss.

un valore monetario significativo devono essere aperti alla concorrenza internazionale e, quindi, sottostare alla disciplina di origine internazionale, perché solo questo tipo di appalti pubblici può costituire un ostacolo non tariffario al commercio internazionale. D'altra parte, tutti gli appalti pubblici che non abbiano una certa consistenza economica rimangono unicamente sottoposti al diritto interno.

Il Codice sugli appalti pubblici, concluso durante i negoziati del Tokyo Round, prevedeva quale soglia di riferimento il valore di 150.000 diritti speciali di prelievo (DSP), poi ridotto a 130.000 DSP. A conferma dell'ideale inclusione degli accordi sugli appalti pubblici nel sistema degli accordi di Bretton Woods¹³, ricordiamo che i diritti speciali di prelievo sono una moneta di riferimento definita dal Fondo monetario internazionale¹⁴ che può essere utilizzata solo nelle transazioni tra

¹³ Gli Accordi di Bretton Woods, sanciti nel 1944, miravano a stabilire un ordine monetario e finanziario che favorisse la ricostruzione e la crescita dell'economia mondiale dopo la grande depressione degli anni '30 e il secondo conflitto mondiale. L'architettura istituzionale dell'ordine economico concepito a Bretton Woods si fondava su tre edifici: il Fondo monetario internazionale, la Banca per la ricostruzione e lo sviluppo e l'International Trade Organization. Le competenze delle tre istituzioni erano state ben delineate. Il Fondo avrebbe avuto compiti di stabilizzazione delle relazioni monetarie e finanziarie internazionali, quindi di coordinamento e di sorveglianza sulle politiche economiche e di cambio perseguite dai paesi membri. La Banca mondiale avrebbe agito per la ricostruzione dei paesi devastati dalla guerra e, successivamente, per lo sviluppo economico dei paesi arretrati. L'ITO avrebbe operato contro gli strumenti tradizionali delle politiche protezionistiche, come i dazi e le restrizioni quantitative, e per promuovere lo sviluppo del commercio internazionale, considerato il motore della crescita economica globale. Per approfondire, rimandiamo agli studi di GIULIANO, *La cooperazione degli Stati e il diritto internazionale*, IV ed., Milano, 1978.

¹⁴ I Diritti Speciali di Prelievo sono una valuta creata nel 1969 con il I emendamento allo Statuto del Fondo Monetario Internazionale. A differenza dei prestiti, che sono mirati all'esigenza dei singoli Paesi, i DPS servono ad integrare le riserve internazionali globali (v. art. XVIII dello Statuto FMI). Infatti, poiché i DPS non necessitano di alcuna copertura, tramite essi il FMI crea nuova moneta e quindi accresce la liquidità mondiale. L'ammontare dei

Stati, per far fronte a problemi di bilancia dei pagamenti, e non nelle transazioni private¹⁵.

Anche il diritto comunitario utilizza il valore economico dell'appalto quale parametro della sua rilevanza nell'ordinamento di riferimento. Le prime direttive fissavano la soglia in 'unità di conto'¹⁶, poi in 'unità di conto europee'¹⁷, quindi in

DPS in circolazione è attualmente pari a 21,4 miliardi, equivalenti a circa 30 miliardi di dollari, dati tratti da SCHLITZER, *Il Fondo Monetario Internazionale*, Bologna, 2000, p. 32. Sul Fondo Monetario Internazionale, GUTT, *Les accords de Bretton Woods et les institutions qui en sont issues*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1948, I, p. 71 ss.; AUFRICHT, *The International Monetary Fund: Legal Basis, Structure, Functions*, London, 1964; CARREAU, *Le Fond monétaire international*, Paris, 1970; TREVES, *La riforma del FMI*, in *Studi Liebman*, vol. III, Milano, 1979, p. 3205 ss.; SACERDOTI, *Sistema monetario internazionale*, in PICONE, SACERDOTI (a cura di), *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1987, p. 555 ss.; TREVES, *Fondo Monetario Internazionale*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, Torino, 1991, vol. VI, p. 396 ss.; COMBA, *Il neo liberismo internazionale Strutture giuridiche a dimensione mondiale dagli Accordi di Bretton Woods all'Organizzazione mondiale del commercio*, Milano, 1995, p. 62 ss.; EICHENGREEN, *Globalizing Capital, A History of International Monetary System*, Princeton, 1996; JAMES, *International Monetary Cooperation Since Bretton Woods*, Oxford, 1996; COMBA, *Appunti delle lezioni di diritto internazionale monetario*, Torino, 2000, p. 41 ss.; LASTRA, *The International Monetary Fund in Historical Perspective*, in *Journal of International Economic Law*, 2000, p. 507 ss.

¹⁵ I DPS sono allocati ai paesi membri in proporzione alle loro quote e, a differenza dei prestiti, rappresentano una forma di liquidità 'incondizionata'. Qualsiasi Paese del sistema FMI che registri un deficit può cedere DPS ad un altro Paese membro, che è tenuto ad accettarli in cambio di un ammontare equivalente della sua valuta. L'esclusione dalle transazioni private è probabilmente una delle ragioni per cui i DPS hanno sempre avuto un ruolo marginale nel sistema monetario e finanziario internazionale. Attualmente essi rappresentano appena l'1,3% delle riserve in valuta dei paesi membri, quando il dollaro pesa ancora per il 60%, v. FMI, *Annual Reports*, all'indirizzo www.imf.org.

¹⁶ Così prevede l'art. 7, par. 1 della prima direttiva lavori, 71/305/CEE, «Le disposizioni (...) sono applicate, agli appalti di lavori pubblici il cui valore di stima eguagli o superi 1.000.000 di unità di conto»

¹⁷ Così prevede l'art. 5, par. 1, lett. a, della prima direttiva forniture,

ECU, oggi EURO¹⁸.

Per chiarire la dimensione economica attuale delle situazioni sottostanti alla disciplina di origine internazionale degli appalti pubblici, ricordiamo che l'Accordo del 1994 prevede una soglia minima di 130.000 DSP (attualmente 139.312 euro) per gli acquisti di beni e servizi da parte di enti governativi centrali, un soglia di 200.000 DSP (attualmente 214.326 euro) per gli enti governativi sub-centrali, una soglia di 400.000 DSP (attualmente 428.652 euro) per i servizi di pubblica utilità, ed una soglia di 5.000.000 DSP (attualmente 5.358.153 euro) per le costruzioni¹⁹.

Le direttive comunitarie prevedono soglie di 200.000 euro, 400.000 euro, 600.000 euro e 5.000.000 euro, in relazione all'ambito di applicazione della disciplina. Si evidenziano, quindi, diverse soglie di valore monetario, espressamente spe-

77/62/CEE, «... si applicano agli appalti pubblici di forniture il cui valore di stima, IVA esclusa, sia uguale o superiore a 200.000 unità di conto europee». L'unità di conto europea era stata definita dalla decisione n. 3289/75/CECA. È interessante notare la precisazione sull'esclusione dell'IVA ai fini della determinazione della soglia di applicazione della disciplina. Infatti, nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore del Codice sugli appalti pubblici il punto sarà oggetto di controversia tra Stati Uniti e Comunità europea sull'interpretazione dell'accordo concluso in sede multilaterale, relativamente alla pratica comunitaria di sottrarre dal valore del contratto l'importo dovuto ai fini IVA, che, diminuendo il valore del contratto, portava ad una riduzione del numero di contratti sottoposti alla disciplina. Sul caso v. JANIK, *A U.S. Perspective on the GATT Agreement on Government Procurement*, in *George Washington Journal of International Law and Economics*, 1987, n. 3, p. 491 ss.

¹⁸ Dal 1° gennaio 2002 gli importi in euro delle soglie previste dalle direttive saranno direttamente applicabili; per i controvalori delle soglie applicabili in relazione alle Corone danesi, alle Corone svedesi ed alle Sterline inglesi v. G.U.C.E. 27.11.01, n. C 332, p. 21 ss.

¹⁹ Va ricordato che l'Accordo del 1994, all'articolo I, par. 4, si limita a prescrivere che l'accordo si applica ad ogni contratto d'appalto di valore uguale o superiore alla soglia specificata nell'appendice I. L'importanza delle Appendici all'Accordo del 1994 è evidenziata *infra* in questo capitolo, par. 1.2.4.2

cificate nella direttiva lavori²⁰, nella direttiva forniture²¹, nella direttiva servizi²² e nella direttiva c.d. settori esclusi²³.

²⁰ Esistono due soglie differenti per gli appalti di lavori rientranti nel campo d'applicazione della direttiva 93/37/CEE: uno è di 5 milioni di ecu (ora euro) applicabile agli appalti di concessione di lavori e agli appalti rientranti nel campo d'applicazione dell'articolo 2, paragrafo 1, - appalti sovvenzionati in misura superiore al 50%; per tutti gli altri appalti di lavori è applicata una soglia pari al controvalore in euro di 5 milioni di diritti speciali di prelievo (DSP), attualmente 5.358.153 euro.

²¹ Per quanto concerne i contratti di forniture in virtù della direttiva 93/36/CEE, le soglie sono le seguenti: - il controvalore in euro di 130.000 DSP (attualmente 139.312 euro) applicabile agli appalti di forniture aggiudicati dalle autorità governative centrali elencate nell'allegato I della direttiva. Nel settore della difesa tuttavia tale soglia si applica esclusivamente agli appalti riguardanti i prodotti elencati nell'allegato II della direttiva; - il controvalore in euro di 200.000 DSP (attualmente 214.326 euro) applicabile a tutti gli appalti di forniture aggiudicati dalle amministrazioni appaltanti diverse dalle autorità governative centrali e agli appalti aggiudicati dalle autorità governative centrali nel settore della difesa con riferimento ai prodotti non elencati nell'allegato II della direttiva.

²² Per quanto riguarda gli appalti pubblici rientranti nel campo d'applicazione della direttiva servizi, 92/50/CEE, si applicano le seguenti soglie: - 200.000 euro per gli appalti aggiudicati dalle autorità centrali e non centrali e relative ai servizi di cui all'allegato I A, categoria 8 (ricerca e sviluppo), a taluni servizi di telecomunicazione elencati nell'allegato I A, categoria 5, purché il riferimento alla nomenclatura CPC sia 7524, 7525 o 7526. Inoltre tale soglia è applicabile a tutti gli appalti concernenti i servizi di cui all'allegato I B. Infine tale soglia si applica a tutti gli appalti cui si riferisce l'articolo 3, paragrafo 3, ossia gli appalti finanziati in misura superiore al 50%; - il controvalore in euro di 130.000 DSP (attualmente 139.312 euro) è applicabile a tutti gli appalti aggiudicati dalle autorità governative quali sono elencati all'allegato I della direttiva 92/50/CEE purché l'appalto in questione riguardi categorie dell'allegato I A diverse da quelle sopramenzionate (ad esempio, categoria 8 (ricerca e sviluppo) e categoria 5 purché il riferimento alla nomenclatura CPC sia 7524, 7525 o 7526); - il controvalore in euro di 200.000 DSP (attualmente 214.326 euro) applicabile agli appalti di servizi aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici diverse dalle autorità centrali se gli appalti riguardano i servizi elencati nell'allegato I A diversi da quelli sopraelencati (ossia ad esclusione dei servizi della categoria 8 (R&S) e dei servizi di telecomunicazione con riferimento CPC 7524, 7525 o 7526).

²³ Per quanto riguarda gli appalti pubblici rientranti nel campo d'applicazione della direttiva settori esclusi, 93/38/CEE, sono previste numerose

1.2. *Profili storici e normativi dell'Accordo sugli appalti pubblici.*

1.2.1. *Le norme rilevanti nella disciplina del commercio internazionale: dalla Carta dell'Avana al GATT.*

Il progetto statunitense per la carta istitutiva dell'International Trade Organization (ITO)²⁴ conteneva specifiche di-

soglie. Una soglia di 5.000.000 euro per gli appalti di lavori attribuiti da enti aggiudicatori che operano in settori esclusi dall'Accordo del 1994 (gas ed energia termica, estrazione di petrolio e gas, estrazione di combustibili solidi, trasporti ferroviari - diversi dalle ferrovie urbane - e telecomunicazioni). La soglia per appalti di lavori assegnati da enti che rientrano nell'Accordo del 1994 (acqua, elettricità, trasporti urbani, porti e aeroporti) corrisponde invece all'equivalente in euro di 5.000.000 DSP. Per quanto riguarda gli appalti di forniture, la soglia è attualmente di 600.000 euro per gli enti di telecomunicazione, di 400.000 euro per gli enti dei settori esclusi dall'Accordo del 1994 e dell'equivalente in euro di 400.000 DSP per quelli coperti dall'Accordo del 1994. Riguardo agli appalti di servizi, la soglia è infatti di 600.000 euro per gli enti di telecomunicazione e di 400.000 euro per quelli dei settori esclusi dall'Accordo del 1994. Per gli appalti di servizi aggiudicati da enti che operano in settori inclusi nell'Accordo del 1994, la soglia è di 400.000 euro per gli appalti di servizi di cui all'allegato XVI B, per quelli relativi a servizi di ricerca e sviluppo, di cui alla categoria 8 dell'allegato XVI A e per gli appalti di servizi di telecomunicazione, di cui alla categoria 5 dell'allegato XVI A, le cui posizioni nel CPV equivalgono ai numeri di riferimento CCP 7524, 7525 e 7526. Per il resto dei servizi enumerati all'allegato XVI A, la soglia è l'equivalente in euro di 400.000 DSP quando questi appalti sono attribuiti da enti che operano nei settori coperti dall'Accordo del 1994.

²⁴ La conferenza, tenuta a Bretton Woods, fu convocata nel maggio 1944 dagli Stati Uniti. Come già accennato, l'ordine economico concepito a Bretton Woods si fondava su tre strutture: il Fondo Monetario Internazionale, la Banca Mondiale e l'International Trade Organization. La creazione dell'ITO non fu possibile a causa del rifiuto degli Stati Uniti di ratificare gli accordi raggiunti nel 1947 con la Carta dell'Avana. Questa prevedeva la riduzione progressiva dei dazi e sanciva, attraverso l'applicazione incondizionata della clausola della nazione più favorita, la non discriminazione dei prodotti originari dai diversi paesi membri da parte del paese membro importatore, la parità di trattamento tra merci importate e merci nazionali, ed il divieto di restrizioni quantitative; conteneva norme specifiche miranti a contrastare comportamen-

sposizioni, che richiedevano alle autorità governative centrali di applicare la clausola della nazione più favorita nell'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici²⁵ e il trattamento nazionale agli acquisti di pubbliche forniture, con esclusione di quelle militari²⁶. Nello stesso progetto era autonomamente

ti suscettibili di creare distorsioni, quali il dumping e le sovvenzioni all'esportazione. Inoltre, la Carta comprendeva disposizioni sul trattamento degli investimenti esteri e norme di collegamento tra politica commerciale internazionale, ispirata al libero scambismo, e politiche interne, volte a tutelare il pieno impiego mediante l'intervento attivo dello Stato nell'economia. Cfr. GUTT, *Les accords de Bretton Woods et les institutions qui en sont issues*, in *Recueil des Cours*, 1948, I, p. 71 ss.; WILCOX, *A Charter for the World Trade*, New York, 1949; PLAISANT, *L'Organisation internationale du commerce*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 1950, p. 159 ss.; SCHIAVONE, *Il principio di non discriminazione nei rapporti commerciali internazionali*, Milano, 1966; SCHWARZENBERGER, *The Principles and Standards of International Economic Law*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1966-I, p. 66 ss.; GARDNER, *Politica economica e ordine internazionale*, Tr.it, Milano, 1978, p. 270 ss.; BLANK, MARCEAU, *The History of Government Procurement Negotiations Since 1945*, in *Public Procurement Law Review*, 1996, p. 77 ss. Il testo della Carta dell'Avana è allegato al volume, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport d'information sur la réforme de l'Organisation mondiale du commerce et son lien avec l'architecture des Nations Unies*, giugno 2000, p. 383 ss.

²⁵ L'articolo 8 (*Most Favoured Nation*) del progetto statunitense di Carta dell'Organizzazione del commercio internazionale (ITO) era così formulato: «With respect to customs duties and charges of any kind imposed on or in connection with importation or exportation or imposed on the international transfer of payments for imports or exports, and with respect to the method of levying such duties and charges, and with respect to all rules and formalities in connection with importation or exportation, and with respect to all matters relating to internal taxation or regulation referred to in Article 9, any advantage, favor, privilege or immunity granted by any Member country to any product originating in or destined for any other country, shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for all other Member countries. The principle underlying this paragraph shall also extend to the awarding by Members of governmental contracts for public works, in respect of which each Member shall accord fair and equitable treatment to the commerce of the other Members».

²⁶ L'articolo 9 (*National Treatment on Internal Taxation and Regulation*)

considerata l'attività economica dell'impresa pubblica, vale a dire l'importazione di merci da parte di imprese appartenenti allo Stato, anch'essa sottoposta ad un obbligo generale di non discriminazione, attraverso le clausole della nazione più favorita e dell'obbligo del trattamento nazionale²⁷, senza che vi fosse alcuna specificazione in relazione all'uso, commerciale o per soddisfare bisogni propri, di dette importazioni. Durante i negoziati, in seguito alle richieste britanniche, appoggiate dall'India e da altri paesi del Commonwealth²⁸, furono cancellate le disposizioni specifiche sugli appalti pubblici, gli acquisti statali per bisogni propri esclusi dall'obbligo generale di non discriminazione, ed introdotto un nuovo paragrafo nella disposizione relativa all'attività commerciale dello Stato, assoggettata ad un obbligo di *'fair and equitable treatment'* nel commercio con altri paesi membri²⁹.

del progetto statunitense di Carta dell'ITO era così formulato: «The product of any Member country imported into any other Member country shall be exempt from internal taxes and other internal charges higher than those imposed on like products of national origin, and shall be accorded treatment non less favorable than that accorded like products of national origin in respect of all internal laws, regulations or requirements affecting their sale, transportation or distribution or affecting their mixing, processing, exhibition or other use, including laws and regulations governing the procurement by governmental agencies of supplies for public use other than by or for the military establishment. The provision of this paragraph shall be understood to preclude the application of internal requirements restricting the amount or proportion of an imported product permitted to be mixed, processed, exhibited or used».

²⁷ V. art. 26 (*State Trading*) del progetto statunitense di Carta dell'ITO.

²⁸ V. più ampiamente, BLANK, MARCEAU, *A History of Multilateral Negotiations on Procurement: From ITO to WTO*, in HOEKMAN, MAVROIDIS, *Law and Policy in Public Purchasing. The WTO Agreement on Government Procurement*, Ann Arbor (Michigan), 1997, p. 31 ss.

²⁹ In particolare furono cancellate le disposizioni sugli appalti di lavori pubblici, di cui all'art. 8, e sull'acquisto di pubbliche forniture, di cui all'art. 9, fu ristretto l'ambito di applicazione dell'art. 26, e fu aggiunto un nuovo paragrafo all'art. 31 (*State Trading*).

Nel testo definitivo della Carta dell'Avana l'articolo 16, dedicato alla clausola della nazione più favorita, non contiene più alcun riferimento agli appalti pubblici. L'articolo 18, par. 8, lettera a, prevede una specifica eccezione all'obbligo del trattamento nazionale a favore dei prodotti acquistati per i bisogni degli organi di governo e non per essere rimessi in commercio o per servire alla produzione di merci destinate alla vendita³⁰. Gli articoli 29³¹ e 30³² impongono alle imprese

³⁰ La disposizione, era così formulata «Les dispositions du présent article ne s'appliqueront pas aux lois, règlements et prescriptions régissant l'acquisition, par des organismes gouvernementaux, de produits achetés pour les besoins des pouvoirs publics et non pas pour être revendus dans le commerce ou pour servir à la production des marchandises destinées à la vente dans le commerce».

³¹ In particolare l'art. 29, intitolato «Traitement non discriminatoire» avrebbe dovuto essere così formulato: «1. a) Tout État Membre, qui fonde ou maintient une entreprise d'État, en quelque lieu que soit, ou qui accorde en droit ou en fait des privilèges exclusifs ou spéciaux à une entreprise, s'engage à ce que cette entreprise se conforme, dans ses achats ou ses ventes se traduisant par des importations ou des exportations, aux principes généraux de non-discrimination qui doivent être appliqués en vertu de la présente Charte aux mesures d'ordre législatif ou administratif concernant les importations ou les exportations des entreprises privées. b) Les dispositions de l'alinéa a) seront interprétées comme obligeant ces entreprises, conformément tenu des autres dispositions de la présente Charte, à s'inspirer exclusivement, en procédant à des achats ou à des ventes de cette nature, de considérations d'ordre commercial telles que le prix, la qualité les quantités disponibles, les qualités marchandes, les conditions de transport et autres conditions d'achat ou de vente, et comme les obligeant à offrir aux entreprises des autres États Membres toutes facilités de participer à ces ventes ou à ces achats dans des conditions de libre concurrence et conformément aux usages commerciaux ordinaires».

³² L'art. 30 della Carta dell'Avana, introduceva un'ulteriore estensione degli obblighi gravanti sugli Stati «Tout État Membre qui fonde ou maintient un organisme de vente ou d'achat, une commission ou une organisation commerciale similaire, devra se conformer: a) aux dispositions du paragraphe premier de l'article 29 en ce qui concerne les achats et ventes d'une organisation de cette nature; b) aux autres dispositions applicables de la

pubbliche³³ il rispetto del principio di non discriminazione e l'obbligo di operare in base a considerazioni di carattere economico; in questo modo le regole a tutela della libera concorrenza sarebbero state estese alle attività commerciali realizzate da tutte imprese, indipendentemente dalla loro natura giuridica³⁴.

La Carta dell'Avana non fu mai ratificata. Invece, durante la seconda sessione della commissione preparatoria della Conferenza delle Nazioni Unite per il commercio e l'occupazione (ECOSOC), in Ginevra, nell'ottobre del 1947, la parte IV della Carta fu rielaborata, prendendo il nome di General Agreement on Tariff and Trade, GATT³⁵.

présente Charte en ce qui concerne les règlements de cette organisation qui s'appliquent aux opérations des entreprises privées».

³³ In base all'art. 54, par. 2, lettera b, della Carta dell'Avana, «l'espressione 'entreprises commerciales publiques' désigne: i) les organismes d'État dans la mesure où ils s'occupent de transactions commerciales, et ii) les entreprises commerciales qui sont en grande partie ou en totalité propriété publique, à la condition que l'État Membre intéressé déclare qu'aux fins du présent chapitre il possède le contrôle effectif de ces entreprises ou en assume la responsabilité».

³⁴ Come rilevato dal COMBA, *Il neo liberismo internazionale Strutture giuridiche a dimensione mondiale dagli Accordi di Bretton Woods all'Organizzazione mondiale del commercio*, Milano, 1995, p. 41, «La norma venne formulata principalmente per facilitare l'ingresso nell'accordo dei paesi ad economia pianificata ed in particolare dell'Unione Sovietica ove il commercio con l'estero era esercitato da organi di stato facenti parte dell'amministrazione pubblica. Tuttavia essa avrebbe potuto operare anche nei confronti degli Stati ad economia mista, caratterizzati da ampi interventi pubblici nell'economia sia attraverso sistemi di partecipazione maggioritaria o totale al capitale delle imprese, o di controllo negli organi societari, sia mediante gestione di attività commerciale esercitate direttamente da organi statali, nei confronti dei quali non è possibile individuare entità autonome distinte dallo stato-apparato».

³⁵ Sull'applicazione provvisoria del GATT, CURZON, *Multilateral Commercial Diplomacy: the GATT*, London, 1965; FLORY, *Le Gatt: droit international et commerce mondial*, Paris, 1968; HYDER, *Equality of Treatment and Trade Discrimination in International Law*, The Hague, 1968; FAWCETT, *Trade and Finance in International Law*, in *Recueil des Cours de l'Académie de*

L'articolo 16 è divenuto l'articolo I dell'Accordo Generale, relativo alla clausola della nazione più favorita. L'eccezione all'obbligo del trattamento nazionale, di cui all'articolo 18, paragrafo 8, lettera a, della Carta dell'Avana è stata mantenuta nell'articolo III, paragrafo 8, lettera a, dell'Accordo generale³⁶. È stato, infatti, previsto che «i prodotti acquistati per i bisogni dei poteri pubblici e non per essere rimessi in commercio o per servire alla produzione di merci destinate alla vendita»³⁷, non debbano sottostare all'obbligo del trattamento nazionale. In forza dell'art. XVII, par. 1, lettera a, dell'Accordo Generale, che riproduce l'articolo 29 della Carta dell'Avana, le Parti contraenti hanno l'obbligo di far sì che le imprese di proprietà statale si conformino, nei loro acquisti che si traducano in importazioni, al principio generale di non discriminazione³⁸.

Droit International de la Haye, 1968-I, p. 260 ss.; JACKSON, *World Trade and the Law of GATT*, New York, 1969; DAM, *The GATT: Law and International Economic Organization*, Chicago, 1970; PICONE, *L'applicazione in via provvisoria degli accordi internazionali*, Napoli, 1973; GIULIANO, *La cooperazione degli stati e il commercio internazionale*, IV ed., Milano 1978; COMBA, *Il neo liberismo internazionale: strutture giuridiche a dimensione mondiale*, Milano, 1987; PICONE, SACERDOTI, *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1987, p. 433 ss.; VENTURINI, *L'Accordo generale sulle tariffe doganali e il commercio (GATT)*, Milano, 1988; HUDEC, *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, II ed., London, 1990.

³⁶ Sullo svolgimento dei negoziati relativamente all'eccezione all'obbligo del trattamento nazionale per gli appalti pubblici, v. JACKSON, *World Trade and the Law of GATT*, New York, 1969, p. 290 ss. Sulla questione anche POMERANZ, *Toward a New International Order in Government Procurement*, in *Public Contract Law Journal*, 1982, p. 130 ss., e JACKSON, DAVEY, *Legal Problems of International Relations*, II ed., St. Paul, 1986, p. 522 ss.

³⁷ La traduzione in italiano dell'Accordo generale è presa dal volume PICONE, SACERDOTI, *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1987, p. 422 ss., in particolare p. 426.

³⁸ Parte della dottrina, argomentando dai lavori preparatori, ritiene che l'obbligo di non discriminazione di cui all'art. XVII, par. 1, si riferisca solo al trattamento della nazione più favorita e non anche al trattamento nazionale, JACKSON, *World Trade and the Law of GATT*, op. cit., p. 345 ss. In senso con-

Pertanto, nell'ambito del GATT, gli appalti pubblici non ricevono un'autonoma disciplina, ma costituiscono un'espressa eccezione rispetto alla normativa di carattere generale che viene a regolare il commercio internazionale³⁹. Tuttavia, l'articolo I sulla clausola della nazione più favorita non prevede espressamente eccezioni per gli appalti pubblici, come invece stabilisce relativamente al trattamento nazionale l'articolo III. In conseguenza, sarebbe possibile argomentare che tutti gli Stati membri del GATT devono applicare nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici delle autorità centrali la clausola della nazione più favorita estendendo incondizionatamente a tutte le parti contraenti i benefici eventualmente concessi, anche in forza di un accordo bilaterale, ad una Parte contraente. In realtà, nessuno Stato parte del GATT ha mai interpretato in questo modo la norma, anzi, uno specifico accordo in materia di appalti pubblici è stato concluso nel corso del Tokyo Round proprio al fine di aprire questo mercato alla concorrenza internazionale.

1.2.2. Il Codice sugli appalti pubblici del 1979.

Durante i negoziati del Tokyo Round⁴⁰, per la prima volta, è stato sollevato il problema della mancanza di impegni in-

trario, considerano compresi nell'obbligo di non discriminazione sia del trattamento della nazione più favorita sia del trattamento nazionale, DAM, *The GATT: Law and International Economic Organization*, Chicago, 1970, p. 321 ss. e MCGOVERN, *International Trade Regulation. GATT, the United States and the European Community*, Exeter, 1986, p. 207 ss.

³⁹ V. HUFBAUER, STARR, *The GATT Codes and the Unconditional Most-Favored-Nation Principle*, in *Law & Policy in International Business*, 1980, p. 59 ss.

⁴⁰ La dichiarazione di Tokyo (adottata il 14 settembre 1973 dai Ministri degli Stati partecipanti all'Accordo generale) al fine di raggiungere una maggiore espansione del benessere mondiale attraverso una liberalizzazione del commercio internazionale, si prefigge, *inter alia*, di: «reduce or eliminate non-

ternazionali in merito all'apertura del mercato degli appalti pubblici⁴¹. Peraltro, il punto era stato oggetto di uno specifico studio dell'O.C.S.E. che aveva evidenziato come la mancanza di obblighi internazionali in materia permettesse agli Stati di mantenere un'importante barriera non tariffaria agli scambi commerciali internazionali⁴². Nel dicembre 1977, il Segretaria-

tariff measures or, where this is not appropriate, to reduce or eliminate their trade restricting or distorting effects, and to bring such measures under more effective international discipline», par. 3, lett. b. Sui negoziati del Tokyo Round si vedano i seguenti lavori, GOLT, *The GATT Negotiations 1973-1979: the Closing Stage*, London, 1978; CLINE, KAWANABE, KRONSTJO, WILLIAMS, *Trade Negotiations in the Tokyo Round. A quantitative Assessment*, Washington, 1978; BALDWIN, *Beyond the Tokyo Round Negotiations*, London, 1979; GOLT, *Trade Issues in the Mid 1980s*, London, 1982; WINHAM, *International Trade and the Tokyo Round Negotiation*, Princeton, 1986; COMBA, *Il neo liberismo internazionale: strutture giurichichea dimensione mondiale*, Milano, 1987, p. 125 ss; JACKSON, *The Birth of the GATT-MNT System: a Constitutional Appraisal*, in *Law & Policy in International Business*, 1980, p. 21 ss.; MCRAE, THOMAS, *The GATT and Multilateral Treaty Making: the Tokyo Round*, in *American Journal of Int. Law*, 1983, p. 51 ss.

⁴¹ Sullo svolgimento dei negoziati relativamente all'estensione agli appalti pubblici dell'obbligo del trattamento nazionale e della clausola della nazione più favorita, v. JACKSON, *World Trade and the Law of GATT*, New York, 1969, p. 290 ss.; POMERANZ, *Toward a New International Order in Government Procurement*, in *Public Contract Law Journal*, 1982, p. 130 ss.; JACKSON, DAVEY, *Legal Problems of International Relations*, II ed., St. Paul, 1986, p. 522 ss. Come era stato previsto in dottrina, per ottenere una più profonda liberalizzazione del commercio internazionale era possibile far ricorso ad accordi su argomenti specifici, cui avrebbero potuto aderire gli Stati partecipanti all'Accordo generale. È stato, infatti, ricordato che «this is similar to the approach of organizations such as the International Labor Organization and the United Nations, each of which has provided the framework for drafting a series of treaties for later individual acceptance», JACKSON, *World Trade and the Law of GATT*, op. cit., p. 197.

⁴² Ci riferiamo in particolare allo studio O.C.S.E., *Government Purchasing in Europe, North America and Japan. Regulations and Procedures*, Paris, 1966, conosciuto anche sotto il nome di «Pink Book». Sull'importante ruolo ricoperto dall'O.C.S.E. nell'ambito dei negoziati internazionali sugli appalti pubblici, si vedano POMERANZ, *Toward a New International Order in Gover-*

to del GATT sottopose all'attenzione dei negozianti il 'Draft Integrated Text for Negotiations on Government Procurement' che accoglieva le indicazioni ricevute dall'OCSE, e introduceva un trattamento differenziato a favore dei paesi in via di sviluppo.

Il testo del primo Accordo sugli appalti pubblici⁴³ – cui faremo riferimento con la più breve dizione di «Codice» – fu firmato il 12 aprile 1979⁴⁴, al termine del Tokyo Round, ed è entrato in vigore il 1° gennaio 1981⁴⁵. Nessuna definizione di appalti pubblici fu introdotta, ma gli Stati ritennero sufficiente l'indicazione derivante dall'articolo III, paragrafo 8, lettera

nement Procurement, op. cit., p. 137 ss.; BLANK, MARCEAU, *A History of Multilateral Negotiations on Procurement: From ITO to WTO*, in HOEKMAN, MAVROIDIS, *Law and Policy in Public Purchasing. The WTO Agreement on Government Procurement*, Ann Arbor (Michigan), 1997, p. 31 ss.

⁴³ Nelle lingue ufficiali del GATT, «Accord relatif aux marchés publics» ed «Agreement on Government Procurement», per quanto l'ambito di applicazione di questo strumento convenzionale sia limitato alle sole pubbliche forniture.

⁴⁴ In G.U.C.E. 17.3.1980, n. L 71, p. 44 ss.

⁴⁵ Per un'esposizione dettagliata dei contenuti del Codice si rinvia a: FIASCHELLI, *Technical Analysis of the Government Procurement Agreement*, in *Law & Policy in International Business*, 1979, vol. II, p. 1345 ss.; COMBA, *L'organizzazione giuridica del neo liberismo internazionale*, Milano, 1980, p. 114 ss.; PETERSON, *The Trade Agreement Act of 1979: the Agreement on Government Procurement*, in *Journal of International Law and Economics*, 1980, p. 321 ss.; BOURGEOIS, *The Tokyo Round Agreements on Technical Barriers and on Government Procurement in International and EEC Perspective*, in *Common Market Law Review*, 1982, p. 5 ss.; LESGUILLONS, *Les négociations commerciales multilaterales du Tokyo Round. L'accord international sur les marchés publics*, in I.U.S.E., *Nuove tendenze del commercio internazionale*, vol. II, Torino, 1982, p. 265 ss.; POMERANZ, *Toward a New International Order in Government Procurement*, in *Public Contract Law Journal*, 1982, p. 129 ss.; JONES, *The GATT-MTN system and the European Community as International Framework for the Regulation of Economic Activity: the Removal of Barriers to Trade in Government Procurement*, in *Maryland Journal of International Law and Trade*, 1984, p. 53 ss.; FLORY, *Les marchés de fournitures et les accords GATT*, in *Revue du Marché Commun*, 1989, p. 654 ss.

a, del GATT, di «prodotti acquistati per i bisogni dei poteri pubblici e non per essere rimessi in commercio o per servire alla produzione di merci destinate alla vendita». In questo modo l'ambito di applicazione del Codice era limitato agli acquisti di merci da parte di organi centrali dello Stato⁴⁶.

L'obiettivo principale del Codice era di scoraggiare pratiche discriminatorie nei confronti dei fornitori stranieri⁴⁷. A questo scopo era stata prevista l'utilizzazione di procedure di aggiudicazione aperte, preventivamente pubblicizzate e gestite in modo trasparente, pur ammettendosi un trattamento speciale a favore dei paesi in via di sviluppo. Il Codice, inoltre, stabiliva un meccanismo di controllo delle obbligazioni assunte coinvolgendo le parti in un continuo lavoro di collaborazione interstatale, su casi specifici, sia a livello di parti contrattuali coinvolte, sia a livello statale, che, più in generale, a livello di incontri multilaterali fra Stati partecipanti. Il sistema di soluzione delle controversie si appoggiava sulle disposizioni del GATT, con alcune specificità relative alle modalità di sele-

⁴⁶ Non fu infatti accolta la richiesta della Comunità europea di estendere l'ambito di applicazione soggettiva del Codice allo stato, agli enti pubblici territoriali e alle persone giuridiche di diritto pubblico, come avevano previsto la direttiva 71/305/CEE, per le procedure di aggiudicazione dei lavori pubblici, e la direttiva 77/62/CEE, per le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture. V. *infra* par. 1.3.2.

⁴⁷ L'obiettivo è chiaramente enunciato nell'art. II, par. 1, del Codice: «Per quanto concerne le leggi, i regolamenti, le procedure e le pratiche concernenti gli appalti pubblici contemplati nel presente accordo, ciascuna parte riserva immediatamente ed incondizionatamente ai prodotti originari del territorio doganale (comprese le zone franche) delle altre parti ed ai fornitori che offrano questi prodotti e siano stabiliti sul territorio di dette parti, un trattamento non meno favorevole: a) di quello accordato ai prodotti ed ai fornitori nazionali, e b) di quello riservato ai prodotti di qualsiasi altra parte ed ai fornitori stabiliti sul territorio di qualsiasi altra parte». Il testo è tratto da PICONE, SACERDOTI, *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1987, p. 526.

zione dei componenti il panel, una riduzione dei termini ed un diritto automatico alla richiesta di istituire il panel⁴⁸.

L'articolo IX, paragrafo 6, lettera b, del Codice stabiliva che nel termine di tre anni dall'entrata in vigore, le Parti contraenti avrebbero dovuto avviare nuovi negoziati al fine di ampliarne l'ambito e migliorarne l'applicazione⁴⁹. I negoziati, ufficialmente aperte nel novembre 1983, portarono alla sottoscrizione, nel 1987, di un Protocollo, entrato in vigore il 14 febbraio 1988, che ha modificato alcune parti del Codice⁵⁰. L'ambito di applicazione, precedentemente limitato ai soli acquisti di prodotti, è stato esteso a «qualsiasi contratto relativo a prodotti, concluso in forma di acquisto oppure di leasing, locazione o locazione a riscatto, con o senza opzione d'acquisto». Il livello delle soglie è stato abbassato⁵¹. Un nuovo paragrafo, introdotto nell'articolo II, ha esteso l'obbligo di non discriminazione ai fornitori stabiliti sul territorio nazionale rispetto ad altri fornitori stabiliti sul territorio nazionale, secondo il grado di controllo o di partecipazione stranieri, ed ai fornitori stabiliti sul territorio nazionale secondo il paese di produzione del prodotto fornito, a condizione che tale paese sia parte contraente dell'accordo⁵². Altre modifiche riguarda-

⁴⁸ Art. VII del Codice del 1979.

⁴⁹ L'ampliamento si riferiva al numero di entità tenute all'applicazione del Codice e l'espansione all'inclusione degli appalti di servizi.

⁵⁰ In *G.U.C.E.* 9.12.1987, n. L 345, p. 25 ss.

⁵¹ Le soglie sono state fissate in 130.000 diritti speciali di prelievo, mentre precedentemente erano state fissate in 150.000 diritti speciali di prelievo.

⁵² L'art. II del Protocollo di modifica del Codice del 1979 aggiungeva al precedente art. II (non discriminazione) un nuovo paragrafo 2 redatto nel modo seguente: «Per quanto concerne tutte le leggi, tutti i regolamenti nonché tutte le procedure e pratiche relative agli appalti pubblici contemplati del presente accordo, le parti si adoperano affinché: a) le loro entità non accordino ad un fornitore stabilito sul territorio nazionale un trattamento meno favorevole di quello accordato ad un altro fornitore stabilito sul territorio nazionale, secondo il grado di controllo o di partecipazione stranieri; b) le loro entità non effettuino discriminazioni nei confronti dei fornitori stabiliti sul terri-

rono le disposizioni in tema di specifiche tecniche, di procedure di aggiudicazione, di obblighi di informazione e statistici tra le parti.

Il Codice, anche nella sua versione modificata, era applicabile esclusivamente agli Stati che l'avessero sottoscritto⁵³ e non a tutte le Parti Contraenti dell'Accordo Generale. Peraltro, in forza dell'applicazione incondizionata della clausola della nazione più favorita, di cui all'articolo I del GATT⁵⁴, il Codice sugli appalti pubblici avrebbe dovuto trovare applicazione nei confronti di tutte le Parti Contraenti del GATT. Tuttavia, il Codice prevedeva espressamente l'accettazione da parte degli Stati Parti Contraenti del GATT e l'adesione di qualsiasi altro Stato⁵⁵.

torio nazionale secondo il paese di produzione del prodotto fornito, a condizione che tale paese sia parte contraente dell'accordo, in conformità del paragrafo 4 del presente articolo».

⁵³ Al Codice sugli appalti pubblici avevano aderito i dieci Stati al tempo membri della Comunità europea (Belgio, Paesi Bassi, Lussemburgo, Francia, Italia, Repubblica Federale Tedesca, Irlanda Danimarca, Regno Unito e Grecia), l'Austria, la Finlandia, la Norvegia, il Canada, gli Stati Uniti d'America, la Svezia, la Svizzera, il Giappone, Singapore, Hong-Kong e, nel 1983, Israele.

⁵⁴ Si osservi tra l'altro che la clausola della nazione più favorita impedisce che concessioni determinate siano applicate in maniera discriminatoria, v. HAFBAUER, SHELTON ERB, STARR, *The GATT Codes and the Unconditional Most-Favored Nation Principle*, in *Law & Policy in International Business*, 1980, p. 59 ss.; KEOHANE, *Reciprocity in International Relations*, in *International Organizations*, 1986, p. 1 ss.; STERN, HOEKMAN, *The Codes Approach*, in *The Uruguay Round. A Handbook on the Multilateral Trade Negotiations*, a cura di FINGER, OLECHOWSKI, Washington, 1987, p. 59 ss.; cfr anche l'ampio lavoro di FRIGO, *La reciprocità nell'evoluzione del diritto del commercio internazionale*, in *Comunicazioni e studi*, XIX-XX, 1992, p. 407 ss., in particolare p. 450-451.

⁵⁵ A questo proposito l'art. IX, par. 1, del Codice del 1979 permetteva l'adesione a qualunque Paese, anche non Parte Contraente del GATT. Infatti, prevedeva specificatamente: «Acceptation et accession. a) Le présent accord sera ouvert à l'acceptation, par voi de signature ou autrement, des gouvernements qui sont parties contractantes à l'Accord général et de la Com-

1.2.3. *Gli Accordi Stati Uniti - Comunità europea.*

Uno dei motivi che hanno portato all'inizio dei negoziati in tema di appalti pubblici durante l'Uruguay Round è stata la volontà della Comunità europea e degli Stati Uniti di trovare una via per aprire i loro mercati dell'energia e delle telecomunicazioni. In effetti, questi settori ricadevano nell'ambito di applicazione della direttiva 90/531/CEE (sostituita dalla direttiva 93/38/CEE) e, quindi, della clausola di preferenza comunitaria⁵⁶, ritenuta dagli Stati Uniti, ma anche

munauté économique européenne, dont les listes convenues d'entités sont contenues à l'annexe I; b) Tout gouvernement qui est partie contractante à l'Accord général mais non Partie au présent accord pourra y accéder (...) par dépôt ... d'un instrument d'accession énonçant les conditions ainsi convenues; c) Le présent accord sera ouvert à l'acceptation, par voi de signature ou autrement, des gouvernement qui ont accédé à titre provisoire à l'Accordo général (...); d) Le présent accord sera ouvert à l'accession de tout autre gouvernement (...).

⁵⁶ Al tempo della liberalizzazione del mercato degli appalti pubblici nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni, avviata con la direttiva 90/531/CEE (in *G.U.C.E.* 29.10.1990, n. L 297, p. 1 ss.) si è posto il problema delle offerte per prodotti originari provenienti da paesi terzi. In particolare poiché molte filiali di imprese straniere, favorite dalla realizzazione in ambito comunitario della libertà di stabilimento, importano una parte sostanziale dei loro prodotti da paesi non comunitari, l'apertura del mercato degli appalti pubblici nei settori prima esclusi avrebbe potuto rappresentare un'unilaterale apertura del mercato comunitario rilevante a favore delle imprese di paesi terzi e, quindi, comportare un insostenibile incremento della concorrenza per i produttori nazionali. Alla luce di queste considerazioni, le prime proposte della Commissione per l'adozione della direttiva 90/531/CEE contenevano una specifica disposizione che permetteva di respingere qualsiasi offerta «quando più della metà del suo importo è costituita dal valore dei prodotti fabbricati o di servizi forniti al di fuori della Comunità, o da una combinazione dei due». V. art. 24, par. 1, della proposta di direttiva dell'11 ottobre 1988, relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto - in *G.U.C.E.* 12.12.1988, n. C 319, p. 2 ss. -, e l'art. 28, par. 1, della proposta di direttiva del 18 giugno 1989, relativa alle procedure di appalto degli enti ero-

dalla Comunità europea, un grave ostacolo alla liberalizzazione⁵⁷.

Entrambe le parti decisero di avviare negoziati, su base bilaterale, al fine di risolvere il problema, ritenendo che la sua soluzione avrebbe agevolato la conclusione di un nuovo accordo multilaterale, come accadde⁵⁸. L'obiettivo era di trovare

gatori di acqua, energia e fornitrici di servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni – in *G.U.C.E.* 16.10.1989, n. C 264, p. 22 ss.

Nella sua formulazione finale, l'art. 29 della direttiva 90/531/CEE, divenuto senza modifiche l'art. 36 della direttiva 93/38/CEE, stabilisce, al par. 2, che un'offerta presentata per l'aggiudicazione di un appalto di forniture possa essere respinta quando la parte dei prodotti originari di paesi terzi sia superiore al 50% del valore totale dei prodotti che compongono l'offerta stessa ed impone, al par. 3, che sia in ogni modo prescelta, in caso di equivalenza, l'offerta di origine comunitaria. Questa disciplina, in forza del par. 1, non è applicabile ai prodotti originari dei paesi terzi con cui la Comunità abbia concluso un accordo che assicuri un accesso comparabile ed affettivo delle imprese comunitarie agli appalti banditi nel paese terzo.

⁵⁷ Rileviamo, però, che il valore del 3% utilizzato dalla clausola di preferenza comunitaria corrisponde esattamente alla metà della preferenza federale «buy american» applicata dagli Stati Uniti ai contratti d'opera e di fornitura. L'Executive Order del Buy American Act, infatti, definiva «unreasonable as a cost differential greater than 6% of the bid price, including duty and all cost after the arrival in U.S.». Per un'approfondimento, v. GOLUB, LEE FENSKE, *U.S. Government Procurement: Opportunities and Obstacles for Foreign Contractors*, in *The George Washington Journal of International Law and Economics*, vol. 20, 1987, n.3, p. 567 ss.; GREENWOLD, COX, *The Legal and Structural Obstacles to Free Trade in the United States Procurement Market*, in *Public Procurement Law Review*, 1993, p. 237 ss.

⁵⁸ Per una descrizione storica degli avvenimenti, v. TREPTE, *The E.C.-United States Trade Dispute: Negotiation of a Partial Solution*, in *Public Procurement Law Review*, 1993, p. CS 82 ss. Sugli effetti dell'intesa sulla disciplina comunitaria degli appalti pubblici, GRECO, *L'Accordo GATT sulle forniture e il Memorandum d'intesa con gli U.S.A. su forniture, lavori e servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1994, p. 1427 ss. Per una breve nota informativa, MORO, *L'apertura del mercato europeo degli appalti pubblici alle imprese USA*, in *L'Europa e la CEE*, 1993, p. 495 ss. Inoltre, SCHWOK, *Les relations USA-CE. Conflit ou partenariat*, Ginevra, 1992.

un accordo equilibrato e completo per gli appalti pubblici gestiti da Stati Confederati, da enti locali, o da altri enti pubblici (ad esempio porti, aeroporti) e nei settori c.d. strategici.

Un Memorandum of Understanding, valido per due anni, fu infatti firmato tra Comunità europea e Stati Uniti nel maggio 1993⁵⁹. Il varco aperto dall'intesa bilaterale è stato decisivo per la modifica del Codice del 1979: nel dicembre 1993, infatti, tutte le parti del Codice acconsentirono ad una sua modifica.

L'intesa tra Stati Uniti e Comunità europea ha particolare rilievo sotto più di un profilo. In primo luogo, per il suo ambito oggettivo, che riguarda non più soltanto le forniture (come era nell'allora vigente Codice del 1979), ma anche i lavori, compresi quelli relativi al settore della produzione, trasporto e distribuzione dell'energia elettrica, ed alcuni servizi. In secondo luogo, per il suo ambito soggettivo, che riguarda non solo le autorità governative, ma anche gli organismi di diritto pubblico, compresi quelli che operano nel settore dell'energia elettrica. In terzo luogo, per la tecnica utilizzata per l'estensione dei benefici. Il Memorandum non tende a fornire una disciplina autonoma ed originale del diritto di accesso ai benefici, con una propria procedura e proprie garanzie per consentire l'applicazione del principio di non discriminazione, ma estende puramente e semplicemente agli operatori statunitensi la normativa comunitaria vigente e agli operatori comunitari la disciplina interna degli Stati Uniti, in questo modo evitando anche ulteriori problemi di coordinamento tra le due normative.

⁵⁹ Per la Comunità europea l'accordo è stato pubblicato con decisione 93/323/CEE, in *G.U.C.E.* 20.5.1993, n. L 125, p. 1 ss. Il Memorandum d'intesa è stato accluso alla decisione nel testo inglese, il solo facente fede, mentre la traduzione in lingua italiana è stata successivamente pubblicata sulla *G.U.C.E.* 24.6.1993, n. C 173, p. 1 ss.

In forza dell'art. 2, par. 1, la Comunità applica agli operatori economici statunitensi la direttiva 77/62/CEE, per l'aggiudicazione di appalti pubblici di forniture, la direttiva 92/50/CEE per l'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi, e la direttiva 71/305/CEE per l'aggiudicazione di appalti pubblici di lavori. Mentre per i lavori e i servizi è stata applicata la medesima soglia prevista indistintamente per tutte le imprese comunitarie, per le forniture è stata applicata la minor soglia prevista dalla disciplina comunitaria per tutte quelle forniture cui potevano partecipare anche i fornitori degli altri paesi Parti Contraenti del Codice del 1979. In base alla reciprocità, l'art. 2, par. 2, estende l'applicazione del Buy American Act agli operatori economici comunitari. Da ultimo, il par. 3 dello stesso articolo impegna le parti ad applicare anche l'eventuale normativa sostitutiva di quella specificamente richiamata, in particolare le successive direttive 93/36/CE, per le forniture, e 93/37/CE, per i lavori⁶⁰.

Per quanto riguarda l'ambito oggettivo di applicazione del Memorandum d'intesa, l'art. 3 estende l'ambito di applicazione dell'intesa anche agli enti che operano nel settore dell'energia, per gli appalti di forniture e di lavori. Sempre su una base di stretta reciprocità, la Comunità si impegna ad estendere agli operatori economici statunitensi la disciplina della direttiva 90/531/CEE, relativa agli appalti di lavori e forniture nei settori esclusi, poi sostituita dalla direttiva 93/38/CE. In particolare l'estensione della preferenza comunitaria sul contenuto locale dell'offerta, di cui all'art. 29 della direttiva 90/531/CEE – il cui contenuto è rimasto immutato nell'art. 36 della direttiva 93/38/CEE – circonda l'ambito di applicazione della norma alle sole forniture di prodotti, eliminando ogni riferimento alla prestazione di un servizio⁶¹. In ot-

⁶⁰ V. *infra* in questo capitolo, par. 1.3. ed in particolare par. 1.3.4.

⁶¹ Come abbiamo ricordato, la clausola di cui all'art. 36 della direttiva 93/38/CEE, si applica solo nel caso in cui non siano stati conclusi specifici

temperanza all'impegno assunto, la decisione del Consiglio 93/324/CEE⁶² estende il beneficio delle disposizioni della direttiva 90/531/CEE, poi 93/38/CEE, alle offerte relative a prodotti originari degli Stati Uniti presentate per l'aggiudicazione di un appalto di forniture nel settore dell'energia, in considerazione del fatto che, a seguito dell'accordo concluso, viene assicurato un accesso comparabile ad effettivo delle imprese comunitarie agli appalti governativi statunitensi. Da ciò deriva l'inapplicabilità ai prodotti statunitensi del principio della preferenza comunitaria. Peraltro, entrambe le decisioni sono state annullate dalla Corte di Giustizia⁶³ perchè fondate su una base giuridica non corretta⁶⁴.

accordi, bilaterali o multilaterali, che «assicurino un accesso comparabile ed effettivo delle imprese della Comunità agli appalti» dei paesi terzi (par. 1). Emerge qui chiaramente il carattere provvisorio della norma, dettata esclusivamente dall'esigenza di proteggere, o meglio non compromettere, gli interessi commerciali della Comunità. Ricordiamo, peraltro, che sono chiaramente escluse dall'ambito di applicazione della norma tutte le imprese stabilite fuori della Comunità, alle quali la direttiva 93/38/CEE non attribuisce comunque alcun beneficio, mentre viene esplicitamente considerata la posizione delle imprese stabilite nella Comunità, anche se in qualità di filiali o succursali di imprese straniere: queste ultime possono, infatti, pienamente beneficiare di tutti vantaggi derivanti dalla costituzione del mercato comune (e proprio ad esse devono essere preferite le imprese comunitarie).

⁶² Decisione del Consiglio del 10 maggio 1993, relativa all'estensione del beneficio delle disposizioni della direttiva 90/531/CEE per quanto riguarda gli Stati Uniti d'America, 93/324/CEE, in *G.U.C.E.* 20.5.1993, n. L 125, p. 54.

⁶³ Sentenza del 7 marzo 1996, C 360/93, *Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 1996, p. I-1195 ss. Annotata da FOOTER, in *Public Procurement Law Review*, 1996, p. CS148 ss.; HALFORD, in *European Law Review*, 1996, p. 478 ss.; CREMONA, in *Common Market Law Review*, 1997, p. 389 ss. V. più ampiamente, *infra*, capitolo 2.

⁶⁴ Le decisioni erano state assunte dal Consiglio sulla base dell'art. 133 (ex art. 113), politica commerciale comune, ma il loro oggetto è stato ritenuto andare oltre l'ambito di applicazione di tale articolo. In particolare, solo i servizi che costituiscono oggetto di una fornitura transfrontaliera possono rientrare, a seguito del parere 1/94, relativo agli Accordi dell'Organizzazione mondiale del commercio (in *Raccolta*, 1994, p. I-5265), nella nozione di poli-

La Comunità europea ritenne che l'offerta statunitense fosse insufficiente perché non includeva nel campo di applicazione del nuovo accordo gli appalti delle autorità locali⁶⁵ e quelli nei settori esclusi. Per questo, i due attori continuarono i negoziati su base bilaterale, poi interamente incorporati negli allegati dell'Accordo plurilaterale del 1994, ottenendo l'apertura degli appalti degli Stati federati e dei comuni alle imprese europee. Unitamente all'apertura di alcuni appalti dei porti e degli aeroporti, la Commissione europea ottenne anche l'abrogazione di importanti parti della legislazione americana e del programma di finanziamento federale relativa alla clausola 'Buy American'⁶⁶. Nessun accordo fu concluso sugli ap-

tica commerciale comune. Solo in questo caso, infatti, il servizio reso da un prestatore stabilito in un paese ad un beneficiario residente in un altro paese può essere ritenuto sostanzialmente analogo ad uno scambio di merci. Al contrario, le modalità di prestazione dei servizi prese in considerazione dalle due decisioni, non possono essere tutte ricondotte all'ipotesi di fornitura transfrontaliera non implicante alcuno spostamento di persone, ma coinvolgono una presenza commerciale o una presenza di persone fisiche nel territorio comunitario, senza la quale non sarebbe loro garantita la libera prestazione dei servizi disciplinata dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici. V. più ampiamente, *infra*, capitolo 2.1.2.1.

⁶⁵ L'esclusione degli Stati federati degli Stati Uniti dall'ambito di applicazione del Codice del 1979 aveva, infatti, un rilevante significato economico. V., COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Report on United States Trade and Investment Barriers. Problems of Doing Business with the US*, Luxemburg, 1992, in particolare p. 32.

⁶⁶ Il «Buy American Act» del 1933 prevedeva la preferenza delle offerte statunitensi rispetto a quelle straniere nella misura del 6% del prezzo. Il «Buy American Act» del 1988 (attraverso il «Super 301») permette, inoltre, al Presidente di escludere dall'aggiudicazione degli appalti pubblici le imprese provenienti da paesi che non riconoscono lo stesso trattamento ai prodotti ed ai servizi statunitensi. Più approfonditamente sulla legislazione statunitense, oltre ai lavori già citati, v. VAUGHAN, *The Buy American Act of 1988: Legislation in Conflict with U.S. International Obligations*, in *Law and Policy in International Law*, 1988, p. 603 ss.; GOLUB, LEE FENSKE, *U.S. Government Procurement: Opportunities and Obstacles for Foreign Contractors*, in *The George Washington Journal of International Law and Economics*, 1987, p. 567 ss.;

palti di apparecchiature per telecomunicazioni, come invece avrebbero desiderato i negozianti statunitensi. In realtà il mancato accordo fu dovuto principalmente alla carenza di trasparenza nel mercato degli appalti degli operatori privati statunitensi e al fatto che gli Stati Uniti non abrogarono altre importanti parti del programma 'Buy American'.

Per questi motivi, la Comunità europea mantenne l'operatività della clausola di preferenza comunitaria, di cui all'art. 36 della direttiva 93/38/CEE, nei confronti delle imprese statunitensi. Ma gli Stati Uniti adottarono delle sanzioni nei confronti della Comunità europea⁶⁷, che a sua volta dispose delle contromisure⁶⁸.

WHELAN, *Some Current Problems in United States Procurement*, in *Public Procurement Law Review*, 1992, p. 308 ss.; HUDEC, *Enforcing International Trade Law. The Evolution of the Modern GATT legal System*, Unites States, 1991, p. 222 ss.

⁶⁷ Sulla vicenda, TREPTE, *The E.C.-United States Trade Dispute: Negotiation of a Partial Solution*, in *Public Procurement Law Review*, 1993, pp. CS 82 ss. L'adozione di misure unilaterali nei confronti di Stati autori di pratiche considerate sleali nei confronti delle esportazioni USA è consentita dalla legislazione statunitense, in particolare dalle sezioni 301-310 del *Trade Act* del 1974 (in *International Legal Materials*, 1975, p. 181 ss.), come modificate dalla Sezione 1302 dell'*Omnibus Trade and Competitiveness Act* del 1988 (in *International Legal Materials*, 1989, p. 31 ss). Sulla compatibilità della normativa statunitense con le previsioni dell'Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la soluzione delle controversie in ambito OMC, segnatamente con le previsioni degli articoli 22.2 e 23.2 in tema di compensazioni e sospensione di concessioni o altri obblighi derivanti dagli accordi OMC, v. BARTON, FISHER, *United States: Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988. Introductory Note*, in *International Legal Materials*, 1989, p. 15 ss.; PUCKETT, REYN, *Rules, Sanctions and Enforcement under Section 301: At Odds with the WTO?*, in *American Journal of International Law*, 1966, p. 675 ss.; più in generale, CLEVELAND, *Norm Internalization and U.S. Economic Sanctions*, in *Yale Journal of International Law*, 2001, p. 1 ss.

⁶⁸ Regolamento del Consiglio dell'8 giugno 1993, n. 1461/93, riguardante l'accesso dei candidati ed offerenti degli Stati Uniti d'America agli appalti pubblici (in *G.U.C.E.* 17.6.1993, n. L 146, p. 1 ss.) ha deciso restringere in modo analogo l'accesso dei candidati ed offerenti degli Stati Uniti a taluni

Il lavoro dei negoziatori americani ed europei portò ad un'intesa, raggiunta al momento della firma di Marrakesh e successivamente formalizzata con la notifica agli organi OMC, circa i punti di reciproco maggiore interesse⁶⁹.

1.2.4. L'Accordo sugli appalti pubblici del 1994.

Gli Accordi dell'Uruguay Round⁷⁰, sottoscritti a Marrakesh il 15 aprile 1994, hanno istituito l'Organizzazione mon-

appalti aggiudicati da pubbliche amministrazioni comunitarie, pur lasciando ciascuno Stato membro libero di consentire ai propri enti e amministrazioni di accettare le offerte statunitensi qualora, con decisione motivata in base ad un esame condotto caso per caso, stabilisca che tale accettazione risulta necessaria per motivi di interesse pubblico e di sicurezza pubblica (art. 2 del reg. 1461/93). Il reg. del Consiglio del 24 luglio 1995, n. 1836/95, (in *G.U.C.E.* 2.8.1995, n. L 183, p. 4 ss.) ha modificato il reg. 1461/93 in quanto, a seguito dell'adesione dell'Austria, della Finlandia e della Svezia è stato necessario adattare gli elenchi degli organismi acquirenti, aggiungendo gli organismi dei nuovi Stati membri.

Come era stato previsto «another danger of US Rambo-tactics is that they might be imitated by the European Community, the only other trader with comparable weight to throw around», così CURZON PRICE, CURZON, *Non-Discrimination and Reciprocity in the GATT: Two Principles on a Collision Course?*, op. cit., p. 318. Cfr. anche SMITH, WOOLCOOK, *United States and the European Community in a Transformed World*, London, 1993, p. 71 ss.

⁶⁹ Le modifiche convenute tra Stati Uniti e la Comunità europea riguardavano in particolare l'Appendice 1. La Comunità europea ha concesso agli Stati Uniti l'apertura dei settori considerati strategici, mentre questi ultimi hanno aggiunto alla lista di entità, oltre 40 soggetti fra Stati Confederati, municipalità ed enti portuali.

⁷⁰ L'Uruguay Round è stato aperto il 20 settembre 1986 con la Conferenza di Punta del Este, v. i lavori raccolti in SECCHI, SACERDOTI, *L'Uruguay Round del Gatt*, Milano, 1987, dove è pubblicata la *Dichiarazione interministeriale sull'Uruguay Round*, p. 143 ss.; v. anche, COTTIER, *GATT-Uruguay Round*, Berne, 1995; BOUGEON, BERROD, GIPPINI FOURNIER, *The Uruguay Round Results. A European Lawyer's Perspective*, Brussels, 1995; FRANCOIS, MARTIN, *Multilateral trade rules and the expected cost of protection*, CEPR Di-

diale del commercio (OMC)⁷¹, che raccoglie nella sua totalità l'eredità del GATT⁷². Gli accordi istitutivi dell'Organizza-

scussion Paper 1995, No. 1214.; FRANCOIS, McDONALD, *The Multilateral Agenda: The Uruguay Round Implementation and Beyond*, GATT Staff Working Paper, Ginevra, 1996; FINGER, OLECHOWSKI, *The Uruguay Round. A Handbook on the Multilateral Trade Negotiations*, Washington, 1997.

⁷¹ L'Organizzazione Mondiale del Commercio costituisce «the common institutional framework for the conduct of trade relations among its Members in matters related to the agreements and associated legal instruments included in the Annexes to this Agreement», art. II.1 dell'Accordo OMC. In particolare tre allegati sono parti integranti dell'Accordo istitutivo. Nel primo Allegato sono compresi l'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio, GATT 1994; il Protocollo contenente le concessioni tariffarie convenute durante l'Uruguay Round; dodici separati accordi relativi all'agricoltura, alle misure sanitarie e fitosanitarie, ai prodotti tessili e abbigliamento, agli ostacoli tecnici al commercio, alle misure commerciali attinenti agli investimenti (TRIMs), ai dazi antidumping, alla valutazione delle merci in dogana, alle ispezioni pre-imbarco, alle regole d'origine, alle licenze d'importazione, alle sovvenzioni e misure compensative ed alle misure di salvaguardia; il General Agreement on Trade in Services (GATS) - v. *infra* in questo capitolo par. 1.2.5. - e il Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs). Il secondo Allegato contiene il Dispute Settlement Understanding (DSU), l'Intesa sulla soluzione delle controversie. Il terzo Allegato contiene il Trade Policy Review Mechanism (TPRM).

Il quarto allegato conteneva in origine quattro accordi, c.d. accordi commerciali plurilaterali, in quanto vincolanti per i soli Stati contraenti e non per tutti i Membri dell'OMC; solo due di questi sono attualmente entrati in vigore, il Civil Aircraft Agreement e il Public Procurement Agreement. Non sono, invece, ancora entrati in vigore l'Accordo sui prodotti lattiero-caseari e l'Accordo sulle carni bovine.

⁷² Infatti, il c.d. GATT 1994, contenuto nel primo Allegato all'Accordo istitutivo dell'OMC, comprende l'originario accordo GATT, denominato GATT 1947, insieme alle Note interpretative, ai Protocolli emendativi e alle decisioni delle Parti Contraenti intervenute tra il 1947 e il 1994. A questo corpo, sono aggiunte sette Understanding convenuti al termine dell'Uruguay Round al fine di interpretare ed integrare specifiche disposizioni particolarmente importanti o controverse. L'Accordo GATT 1994 non abroga il GATT 1947, ma è «legally distinct» da quest'ultimo, art. II.4 dell'Accordo sull'OMC. Sul punto, MARCEAU, *Transition from GATT to WTO*, in *Journal of World Trade*, 1995, n. 4, p. 147 ss.; MOORE, *The Decision Bridging the GATT 1947*

zione mondiale del commercio⁷³, prevedono ancora l'eccezione al trattamento nazionale per gli appalti pubblici, mentre

and the WTO Agreement, in *American Journal of International Law*, 1996, p. 317 ss.; COCCIA, *Dal GATT 1947 al GATT 1994: considerazioni generali ed istituzionali*, in SOCIETÀ ITALIANA DI DIRITTO INTERNAZIONALE, *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Napoli, 1998, p. 81 ss.; VIRZO, *Note sulla successione tra Organizzazioni internazionali, con particolare riferimento alla trasformazione del GATT nell'OMC*, in *Comunità Internazionale*, 1999, p. 296 ss.; MONTAGUTI, LUGARD, *The GATT 1994 and other Annex 1A Agreements: four different Relationships?*, in *Journal of International Economic Law*, 2000, p. 473 ss.

⁷³ Sull'Organizzazione mondiale del commercio esiste ormai un'ampia letteratura, tra cui ricordiamo: JACKSON, *Observations sur les résultats du cycle de l'Uruguay Round*, in *Revue générale de droit international public*, 1994, p. 675 ss.; RASMUSSEN, *L'Organisation mondiale du commerce et ses instruments législatifs et juridictionnels*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1994, n. 4, p. 185 ss.; COMBA, *Il neo liberismo internazionale. Strutture giuridiche a dimensione mondiale dagli Accordi di Bretton woods all'Organizzazione mondiale del commercio*, Milano, 1995; MESSERLIN, *La nouvelle Organisation mondiale du commerce*, Paris, 1995; SOCIÉTÉ FRANÇAISE DE DROIT INTERNATIONAL, *La réorganisation mondiale des échanges*, Paris, 1995; VERNON, *The New World Trade Organization: A New Stage in International Trade and Development*, in *Harvard International Law Journal*, 1995, p. 329 ss.; DILLON, *The World Trade Organization: a New Legal Order for World Trade?*, in *Michigan Journal of International Law*, 1995, pp. 403 ss.; MARCEAU, *Transition from GATT to WTO. A most Pragmatic Approach*, in *Journal of World Trade*, 1995, n.4, p. 147 ss.; PETERSMANN, *The Transformation of the World Trading System through the 1994 Agreement Establishing the World Trade Organization*, in *European Journal of International Law*, 1995, p. 161 ss.; SACERDOTI, *La trasformazione del GATT nell'Organizzazione mondiale del commercio*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1995, p. 73 ss.; VAN DIJK, *Challenges to the New World Trade Organization*, The Hague, 1996; BEVIGLIA ZAMPETTI, *Dall'Accordo generale sulle Tariffe ed il Commercio all'Organizzazione Mondiale del Commercio*, in GIARDINA, TOSATO, *Diritto del commercio internazionale*, Milano, 1996, p. 3 ss.; JACKSON, *The World Trading System: Law and Policy of International Economics Relations*, London, 1997; PANTZ, *Institutions et politiques commerciales internationales: du GATT à l'OMC*, Paris, 1998; JACKSON, *The World Trade Organization: Constitution and Jurisprudence*, London, 1998; KRUEGER, *The WTO as an International Organization*,

un'intesa specifica relativa alle imprese pubbliche viene a garantire maggiore autonomia alla disciplina rispetto al corpo normativo OMC⁷⁴.

L'Accordo sugli appalti pubblici, Government Procurement Agreement, GPA – cui faremo riferimento con la più breve dizione di "Accordo"⁷⁵ – è uno dei 29 accordi e intese

London, 1998; SOCIETÀ ITALIANA DI DIRITTO INTERNAZIONALE, *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Napoli, 1998; CARREAU, JUILLARD, *Droit international économique*, IV ed., Paris, 1998, p. 58 ss.; LAFER, *Réflexions sur l'OMC lors du 50e anniversaire du système multilatéral commercial. L'impact d'un monde en transformation sur le droit international économique*, in *Journal du droit international*, 1998, p. 933 ss.; MENGOZZI, *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, 1999; TREBILCOCK, HOWSE, *The Regulation of International Trade*, London, 1999; FLORY, *L'Organisation mondiale du commerce: droit institutionnel et substantiel*, Brussels, 1999; VENTURINI, *L'organizzazione mondiale del commercio*, Milano, 2000; ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport d'information sur la réforme de l'Organisation mondiale du commerce et son lien avec l'architecture des Nations Unies*, Paris, 2000; WARÈGNE, *L'Organisation Mondiale du commerce. Règles de fonctionnement et enjeux économiques*, Paris, 2000; ADINOLFI, *L'Organizzazione mondiale del commercio. Profili istituzionali e normativi*, Padova, 2001.

⁷⁴ Il riferimento è all'Intesa sull'interpretazione dell'art. XVII del GATT 1994, contenuta nel primo Allegato all'Accordo istitutivo dell'OMC. Il primo paragrafo dell'Intesa, infatti, precisa: «Per garantire la trasparenza delle attività delle imprese commerciali di Stato, i Membri notificano al Consiglio per gli scambi di merci, affinché siano esaminate dal gruppo di lavoro costituito ai sensi del par. 5, le imprese corrispondenti alla seguente definizione operativa (...). L'obbligo di tale notifica non si applica alle importazioni di prodotti destinati al consumo immediato o finale da parte della pubblica amministrazione o delle imprese sopra specificate e non ad essere rivenduti o utilizzati nella produzione di merci poste in vendita». Il testo dell'Intesa è tratto da VENTURINI, *L'organizzazione mondiale del commercio*, Milano, 2000, p. 263. Cfr. BEVIGLIA ZAMPETTI, *The Uruguay Round Agreement on Subsidies. A Forward-Looking Assessment*, in *Journal of World Trade*, 1995, n. 6, p. 5 ss.

⁷⁵ Hanno partecipato e concluso i negoziati i seguenti Stati: Austria, Canada, Finlandia, Hong Kong, Israele, Giappone, Repubblica di Corea, Norvegia, Svezia, Svizzera, Stati Uniti, oltre alla Comunità europea. Esattamente

stipulati a Marrakesh il 15 aprile 1994 alla conclusione dell'Uruguay Round e sostituisce il Codice del 1979⁷⁶.

Come gli altri tre accordi raggruppati nell'Allegato IV all'Accordo che istituisce l'OMC (Accordo sul commercio degli aeromobili civili; Accordo sui prodotti lattiero-caseari; Accordo sulle carni bovine⁷⁷) l'Accordo sugli appalti pubblici non è un accordo multilaterale, ma un accordo plurilaterale⁷⁸:

gli stessi Stati che avevano ratificato il Codice del 1979. Il testo dell'Accordo fa fede nelle tre lingue: inglese, francese e spagnolo, v. il sito www.wto.org. Nel corso del presente lavoro faremo riferimento al testo in lingua francese pubblicato anche in *J.O.C.E.* 23.12.94, n. L 336, p. 297.

⁷⁶ In forza dell'articolo XXIV, par. 3, «Dispositions transitoires (...) c) Entre les Parties au présent accord qui sont également Parties à l'Accord de 1988, les droits et obligations au titre du présent accord remplaceront ceux qui résultent de l'Accord de 1988». Per accordo del 1988 è inteso «l'Accord relatif aux marchés publics fait à Genève le 12 avril 1979, tel qu'il a été amendé le 2 février 1987 (l'«Accord de 1988»)» (art. XXIV, par. 3, lett. b).

⁷⁷ Come abbiamo già ricordato, al momento, sono entrati in vigore, tra gli accordi plurilaterali, solo quello sugli appalti pubblici e quello sugli aeromobili civili.

⁷⁸ L'Accordo sugli appalti pubblici del 1994 ha avuto numerosi commentatori, tra i quali ricordiamo: KING, DE GRAFF, *L'Accord sur les marchés publics dans le cadre de l'Uruguay Round*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1994, n. 4, p. 67 ss.; DE GRAAF, TREPTE, *The Revised GATT Procurement Agreement*, in *Public Procurement Law Review*, 1994, p. CS 70 ss.; GUILLERMIN, *L'Accord sur les marchés publics*, in *La Communauté européenne et le GATT: évaluation des accords du cycle d'Uruguay*, Rennes, 1995, p. 129 ss.; FRIGNANI, *The GATT Agreement on Government Procurement*, in *Journal of World Trade Law*, 1996, p. 567 ss.; DIDIER, *Le Code sur les Marchés Publics du Cycle de l'Uruguay Round et sa transposition dans la Communauté*, in *Cahiers de droit européen*, 1996, p. 257 ss.; CARRIER, *Sovereignty under the Agreement on Government Procurement*, in *Minnesota Journal of Global Trade*, 1997, p. 67 ss.; REICH, *The New GATT Agreement on Government Procurement. The Pitfall of Plurilateralism and Strict Reciprocity*, in *Journal of World Trade*, 1997, n.2, p. 125 ss.; DAVIES, *The World Trade Organization Agreement on Government Procurement: current initiatives to expand membership*, in *European Competition Law Review*, 1997, p. 300 ss.; DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne*, Brussels, 1997, parte IV, *L'Accord sur les marchés publics*, p. 318 ss.;

vige esclusivamente fra i paesi firmatari e non soggiace alla regola della nazione più favorita. Le concessioni in esso previste si applicano agli Stati cui sono offerte su una base di reciprocità e non si estendono automaticamente a tutte le Parti Contraenti dell'OMC⁷⁹.

Inoltre, ogni Parte Contraente è vincolata all'Accordo esclusivamente nella misura prescelta, in particolare nella misura prevista nelle Appendici e negli Allegati, secondo il sistema c.d. delle *'positive list'* e delle *'negative list'*. Anche sotto questo profilo l'Accordo differisce dall'approccio multilaterale, che caratterizza gli accordi commerciali conclusi tra gli Stati membri dell'OMC. Il sistema della c.d. stretta reciprocità ha attratto numerose critiche perché l'Accordo sugli appalti pubblici non contiene un corpo unitario di disposizioni fondate sul principio di non discriminazione e del trattamento

DELSAUX, *Gouvernement Procurement in a Multilateral Context*, in DEMARET, BELLIS, *Regionalism and Multilateralism after the Uruguay Round*, Brussels, 1997, p. 397 ss.; ARROWSMITH, *Towards a Multilateral Agreement on Transparency in Government Procurement*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1998, p. 793 ss.; REICH, *International Public Procurement Law: The Evolution of International Regimes on Public Purchasing*, London, 1999, p. 103 ss.; SAHAYDACHNY, WALLACE, *Opening Government Procurement Markets*, in MENDOZA, LOW, KOTSCHWAR, *Trade Rules in the Making. Challenges in Regional and Multilateral Negotiations*, Washington DC, 1999, p. 462 ss.; CLERC, *La mondialisation, des marchés publics: bilan et perspectives de l'accord OMC sur les marchés publics*, in BATSELÉ, *Les marchés publics à l'aube du XXIe siècle. Actes de la journée d'études du 22 octobre 1999*, Brussels, 2000, p. 141 ss.

⁷⁹ In forza dell'art. XXIV, par. 2, l'adesione all'Accordo sugli appalti pubblici è limitata ai soli Paesi Membri dell'OMC, «Tout gouvernement qui est Membre de l'OMC, ou avant la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC qui est partie contractante au GATT de 1947, et qui n'est pas Partie au présent accord pourra y accéder, à des conditions à convenir entre ce gouvernement et les Parties, par dépôt auprès du Directeur général de l'OMC d'un instrument d'accession énonçant les conditions ainsi convenues. L'Accord entrera en vigueur pour un gouvernement qui y aura accédé le trentième jour qui suivra la date de son accession à l'Accord».

della nazione più favorita, ma appare quasi una raccolta di accordi bilaterali.

L'Accordo sugli appalti pubblici, cui noi faremo riferimento con la più breve dizione di "Accordo", è entrato in vigore il 1° gennaio 1996⁸⁰. Sono parti dell'Accordo tredici Stati e la Comunità europea⁸¹. Altri Stati partecipano alle riunioni del Comitato per gli appalti pubblici⁸² in qualità di osservatori⁸³,

⁸⁰ Gli Accordi di Marrakesh sono stati ratificati dall'Italia con legge 29 dicembre 1994, n. 747, pubblicata sul supplemento ordinario alla GU n. 1 del 10.1.1995. Il testo dei quattro accordi plurilaterali, tuttavia, non è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, che si limita a riportarne i titoli nell'elenco degli accordi ratificati. Il testo, in inglese, dell'accordo plurilaterale sugli appalti pubblici è stato pubblicato, quale parte della decisione del Consiglio 94/800/CEE, sulla G.U.C.E. 23.12.94, n. L 336, p. 291 ss.; la traduzione italiana, curata dai servizi linguistici dell'Unione Europea, è stata pubblicata sulla G.U.C.E. n. C 256 del 23.9.96. In nessuna di tali pubblicazioni figurano però né la lista di concessioni concordate al momento della firma di Marrakesh fra tutte le Parti Contraenti, né fra gli USA e l'UE, né infine quelle modificate a seguito dell'allargamento dell'Unione ad Austria, Finlandia e Svezia. Tali liste, tuttavia, costituiscono l'elemento essenziale dell'accordo in quanto ne concretano l'effettiva portata.

⁸¹ Sono Parti dell'Accordo Canada, Corea, Stati Uniti, Hong Kong, Cina, Islanda, Israele, Giappone, Liechtenstein, Norvegia, Paesi Bassi per conto di Aruba, Singapore, Svizzera e la Comunità europea, insieme ai suoi quindici Stati membri, Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Germania, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Regno Unito, Spagna, Svezia.

⁸² Il Comitato per gli appalti pubblici è disciplinato dall'art. XXI dell'Accordo. In particolare, è composto dai rappresentanti di ciascuna delle parti e si riunisce ogniqualvolta sia necessario - ma in ogni caso almeno una volta ogni anno - per fornire alle parti l'occasione di consultarsi su qualsiasi questione relativa all'applicazione dell'Accordo e al perseguimento dei suoi obiettivi. Inoltre, può istituire gruppi di lavoro o altri organi sussidiari incaricati di svolgere le funzioni eventualmente loro assegnate dal comitato stesso.

⁸³ Secondo la previsione contenuta nell'art. XVII «*Transparence*», al par. 2 «*Les gouvernements qui ne sont pas Parties à l'Accord et qui respectent les conditions énoncées aux paragraphes 1a à 1c auront le droit, s'ils en informent les Parties, de participer aux réunions du Comité en qualité d'observateurs*». Lo statuto di osservatori è quindi attribuito a quegli Stati od

fra questi, alcuni sono membri dell'OMC⁸⁴, altri non sono membri dell'OMC⁸⁵. Hanno lo statuto di osservatori anche tre organizzazioni internazionali⁸⁶.

L'Accordo del 1994 fornisce una cornice di regole procedurali e sostanziali al fine di conseguire una maggiore liberalizzazione nel campo dei pubblici appalti, superando l'esclusione di cui all'art. III, par. 8 del GATT 1947, prevista negli stessi termini dal GATT 1994⁸⁷. L'approccio scelto nel corso dei negoziati durante l'Uruguay Round è stato ispirato in larga misura all'esperienza delle Comunità europee⁸⁸. Pertanto, non

organizzazioni internazionali che rispettino le disposizioni dell'Accordo in tema di specifiche tecniche, rispettino gli obblighi di pubblicazione previsti dall'Accordo indicando le modalità e le condizioni alle quali saranno prese in considerazione le offerte provenienti dai fornitori situati in paesi che sono parti contraenti, garantiscano che le loro disposizioni nazionali in materia di appalti non siano modificate nel corso di un appalto e, qualora tale cambiamento fosse inevitabile, siano disponibili rimedi giuridici di ricorso soddisfacenti.

⁸⁴ I membri dell'OMC che hanno lo statuto di osservatori sono: Argentina, Australia, Bulgaria, Cile, Colombia, Estonia, Georgia, Giordania, Lettonia, Mongolia, Panama, Polonia, Repubblica Kirghize, Repubblica Ceca, Repubblica Slovacca, Slovenia, Turchia.

⁸⁵ Hanno lo statuto di osservatori senza essere membri dell'OMC: Croazia, Lituania, Moldavia e Taiwan.

⁸⁶ Sono il Fondo Monetario Internazionale (FMI), l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) ed il Centro di commercio internazionale (ICC).

⁸⁷ Rimane il problema della c.d. impresa pubblica, oltre a *supra* par. 1.1.1. e 1.2.1., v. BRONCKERS, *The position of privatized utilities under WTO and EC procurement rules*, in *Legal Issues of European Integration*, 1996, p. 145 ss.; BRONCKERS, *Privatized Utilities under the WTO and EU Procurement Rules*, in HOEKMAN, MAVROIDIS, *Law and Policy in Public Purchasing. The WTO Agreement on Government Procurement*, Ann Arbor (Michigan), 1997, p. 243 ss.; ABBOTT, *Technology and state enterprise in the WTO*, in COTTIER, MAVROIDIS, *State trading in the Twenty-First Century*, Ann Arbor (Michigan), 1998, p. 121 ss.

⁸⁸ È stato spesso rilevato come le direttive comunitarie in materia «generated a significant positive spillovers», BLANK, MARCEAU, *A History of Multilateral Negotiations on Procurement: From ITO to WTO*, in HOEKMAN,

è sorprendente che vi siano molte similarità strutturali fra le direttive comunitarie e l'Accordo stesso.

L'Accordo del 1994 introduce importanti innovazioni rispetto al Codice del 1979⁸⁹.

Innanzitutto, estende la sua efficacia oltre che agli appalti pubblici che hanno per oggetto merci, anche a quelli che si riferiscono agli appalti di servizi, agli appalti di progettazione d'opera (construction services) e agli appalti per «public utilities», cioè degli enti operanti nei settori dell'energia, dell'acqua, dei trasporti e delle telecomunicazioni.

Inoltre, l'inclusione tra i soggetti appaltanti, accanto agli organismi governativi, da un lato degli enti sub-centrali, quali ad esempio le Regioni, le Province, i Comuni o, nel caso degli Stati federali, gli Stati confederati, e, dall'altro, di taluni enti gestori di servizi pubblici, allarga ulteriormente ed in maniera significativa, il campo di applicazione dell'Accordo. In particolare sono tenuti all'applicazione dell'Accordo gli Stati federati degli Stati Uniti, del Canada e della Svizzera e le loro ramificazioni locali.

1.2.4.1. *Struttura e campo di applicazione.*

L'Accordo consta di un preambolo, 24 articoli e, per ciascuna Parte Contraente, 4 Appendici.

Il preambolo delinea gli scopi che le Parti Contraenti si sono prefisse. In particolare, riconosce l'esigenza di creare un quadro multilaterale concernente normative, procedure e pratiche in materia di appalti pubblici nel contesto di una più avanzata liberalizzazione del commercio mondiale⁹⁰; ribadisce

MAVROIDIS, *Law and Policy in Public Purchasing. The WTO Agreement on Government Procurement*, Ann Arbor (Michigan), 1997, p. 51.

⁸⁹ Dal punto di vista della struttura l'Accordo passa dai IX articoli del Codice del 1979 ai XXIV articoli attuali.

⁹⁰ V. primo considerando del preambolo dell'Accordo del 1994.

il principio di un uso non discriminatorio delle leggi, procedure e pratiche in materia⁹¹ e riconosce l'opportunità di dare ad esse pubblicità e trasparenza⁹². Ancora nel preambolo, le Parti Contraenti dell'Accordo concordano sulla necessità di prevedere procedure di ratifica, consultazione, vigilanza e composizione delle controversie allo scopo di dare effettiva e rapida attuazione alle disposizioni internazionali sugli appalti pubblici. Le Parti Contraenti, inoltre, fanno cenno all'opportunità di considerare le esigenze peculiari dei PVS, in particolare di quelli dei meno avanzati tra loro, e, quest'ottica, si propongono di favorirne l'adesione all'Accordo. Infine, il preambolo individua quali obiettivi dell'Accordo, l'ampliamento e il miglioramento del Codice GATT sugli appalti pubblici del 1979, su base di reciprocità, e la sua estensione al settore dei servizi⁹³.

I 24 articoli che compongono l'Accordo sugli appalti pubblici ne definiscono la portata e l'ambito di applicazione e fissano le regole di carattere generale sulle quali esso si fonda: trattamento nazionale e non discriminatorio⁹⁴, trattamento speciale e differenziato per i paesi in via di sviluppo.

In particolare, l'articolo III dell'Accordo individua i due principi cardine: il trattamento nazionale, che proibisce ogni tipo di discriminazione tra offerenti stranieri e offerenti nazionali, e la clausola della nazione più favorita, che proibisce ogni tipo di discriminazione tra offerenti stranieri⁹⁵. Quale co-

⁹¹ V. secondo considerando del preambolo dell'Accordo del 1994.

⁹² V. terzo considerando del preambolo dell'Accordo del 1994.

⁹³ Più precisamente il richiamo è così formulato, «Désireuses, conformément à l'article IX.6.b de l'Accord relatif aux marchés publics fait le 12 avril 1979, tel qu'il a été modifié le 2 février 1987, d'élargir et d'améliorer l'Accord sur une base de réciprocité mutuelle et d'étendre son champ d'application aux marchés de services».

⁹⁴ Sul punto, v. DAVIES, *Tackling Private Anticompetitive Behaviour in Public Contract Awards under the WTO's Agreement on Government Procurement*, in *World Competition*, 1998, vol. 21, n. 5, p. 55 ss.

⁹⁵ In forza dell'art. III, par. 1, dell'Accordo del 1994, «En ce qui con-

rollario di questi due principi, lo stesso articolo proibisce ogni tipo di discriminazione tra fornitori sulla base dell'appartenenza proprietaria straniera o sulla base della regola d'origine delle merci o dei servizi che devono essere forniti⁹⁶.

Gli articoli da VII a XV rappresentano la parte centrale dell'Accordo: disciplinano le tre diverse procedure di gara dell'appalto – libera, mediante preselezione e a trattativa privata – in base alle quali gli appalti pubblici soggetti all'Accordo devono essere aggiudicati⁹⁷.

Dall'articolo XVI al XIX, l'Accordo pone una serie di norme che possono essere definite come forme indirette di tutela degli operatori economici. Tali norme afferiscono, infatti,

cerne toutes les lois, tous les règlements, ainsi que toutes les procédures et pratiques concernant les marchés publics visés par le présent accord, chaque Partie accordera immédiatement et sans condition, aux produits et services des autres Parties et à leurs fournisseurs qui offrent ces produits ou services, un traitement qui ne sera pas moins favorable: a) que celui accordé aux produits, aux services et aux fournisseurs nationaux, ni b) que celui accordé aux produits et services de toute autre Partie et à leurs fournisseurs».

⁹⁶ In forza dell'art. III, par. 2, dell'Accordo del 1994 «En ce qui concerne toutes les lois, tous les règlements, ainsi que toutes les procédures et pratiques concernant les marchés publics visés par le présent accord, chaque Partie fera en sorte: a) que ses entités n'accordent pas à un fournisseur établi sur le territoire national un traitement moins favorable que celui accordé à un autre fournisseur établi sur le territoire national, selon le degré de contrôle ou de participation étrangers; et b) que ses entités n'exercent pas de discrimination à l'encontre de fournisseurs établis sur le territoire national selon le pays de production du produit ou du service qui est fourni, sous réserve que le pays de production soit Partie à l'Accord conformément aux dispositions de l'article IV».

⁹⁷ In particolare, detti articoli sono così intitolati, «VII, Procédure de passation des marchés; VIII, Qualification des fournisseurs; IX, Invitation à soumissionner pour des marchés envisagés; X, Procédure de sélection; XI, Délais pour la présentation des soumissions et la livraison; XII, Documentation relative à l'appel d'offres; XIII, Présentation, réception et ouverture des soumissions, et adjudication des marchés; XIV, Négociation; XV, Appel d'offres limité».

al divieto (e alla relativa deroga in casi eccezionali per i PVS) di compensazioni; all'obbligo previsto per le Parti Contraenti, di pubblicizzare eventuali ammissioni ad una gara di appalto di soggetti provenienti da Stati che non sono Parti Contraenti; all'obbligo per le stazioni appaltanti di fornire, mediante avviso, informazioni sui contratti aggiudicati⁹⁸; all'obbligo, per le Parti Contraenti, di pubblicare leggi, regolamenti, giurisprudenza e procedure relative agli appalti disciplinati dall'Accordo.

1.2.4.2. *Il sistema delle Appendici e degli Allegati: l'applicazione condizionata del principio di non discriminazione.*

Attraverso il sistema delle Appendici e degli Allegati le Parti Contraenti determinano un bilanciamento dei potenziali effetti dell'Accordo. Fermamente ancorata ad un principio di stretta reciprocità, la parte c.d. tecnica dell'Accordo, è oggetto di continui negoziati tesi ad ampliarne l'ambito di applicazione garantendo l'equilibrio delle posizioni economiche concordate.

La prima Appendice elenca i soggetti obbligati all'applicazione dell'Accordo e le soglie di valore monetario. È suddivisa in cinque Allegati e, di fatto, determina l'ambito di applicazione soggettiva ed oggettiva dell'Accordo.

L'Allegato 1 contiene la lista degli Enti Governativi Centrali; l'Allegato 2 elenca gli enti sub-centrali di livello locale,

⁹⁸ A questo proposito, notiamo che l'art. XVII, dell'Accordo del 1994, «Information et examen concernant les obligations des entités», al par. 2, lett. b, si limita a stabilire un obbligo d'informazione, più che un vero e proprio obbligo di motivazione. La disposizione, infatti, è così formulata, «Chaque entité, à la demande d'un fournisseur d'une Partie, communiquera dans les moindres délais: (...) b) des renseignements pertinents concernant les raisons pour lesquelles la demande de qualification du fournisseur a été rejetée, les raisons pour lesquelles il a été mis fin à sa qualification, et les raisons pour lesquelles il n'a pas été sélectionné».

quali regioni, province e comuni o, nel caso di Stati federati, gli Stati confederati, oltre le comunità montane, università o scuole che sono tenuti all'applicazione della normativa dell'Accordo. L'Allegato 3 contiene l'elenco di tutti gli enti tenuti ad applicare le disposizioni contenute nell'Accordo nelle loro procedure di appalto. Fra tali enti vi sono quelli generalmente operanti in settori di pubblico interesse o strategici quali l'acqua, l'elettricità, i trasporti, i porti e gli aeroporti. L'Allegato 4 specifica, con liste in positivo o negativo, i servizi cui si applica l'Accordo⁹⁹. Infine, l'Allegato 5 individua le tipologie di servizi per le costruzioni soggette alla disciplina dell'Accordo.

Ogni Parte Contraente, inoltre, ha allegato all'Appendice 1 una Nota Generale nella quale vengono richiamate le concessioni specifiche a singole altre Parti Contraenti, ovvero le eccezioni e le deroghe nei confronti di talune altre Parti Contraenti ad alcune concessione di carattere generale¹⁰⁰.

⁹⁹ Questo determina l'impossibilità di sapere *ex ante* a quali appalti di servizi si applica l'Accordo. Non solo. Non è possibile neanche sapere se agli appalti di servizi inclusi nell'Accordo si applichi la clausola della nazione più favorita, perché molti Stati hanno sottoposto la loro obbligazione alla condizione di reciprocità.

¹⁰⁰ Ad esempio, nella Nota Generale relativa alle deroghe all'applicazione dell'art. III dell'Accordo sugli appalti pubblici, vale a dire quello relativo alla concessione del trattamento nazionale e non discriminatorio, sono precisate alcune eccezioni specifiche. In particolare la Comunità Europea non concede i benefici dell'articolo III: alle merci e servizi provenienti dal Canada e ai soli servizi originari dagli Stati Uniti per gli appalti gestiti da enti sub-centrali, di cui all'Allegato 2; agli appalti gestiti da enti pubblici, di cui all'Allegato 3: a) nel settore dell'acqua, a merci e servizi originari da Canada e Stati Uniti; b) nel settore dell'elettricità, a merci e servizi provenienti da Canada, Hong Kong e Giappone; c) nel settore portuale, a merci e servizi del Canada; d) nel settore dei trasporti urbani, a merci e servizi provenienti da Canada, Israele, Giappone, Corea del Sud e Stati Uniti. In questo modo la Comunità europea ha applicato il principio di reciprocità nei rapporti con le altre Parti Contraenti dell'Accordo. Ha concesso agli Stati Uniti il trattamento nazionale per gli appalti pubblici di beni e servizi nel settore portuale poiché

Nell'Appendice 2 sono contenuti gli elenchi, per ciascuna Parte Contraente, delle pubblicazioni su cui vengono inseriti i bandi relativi agli appalti pubblici che sono disciplinati dall'Accordo e tutte le altre informazioni relative ad essi.

Nell'Appendice 3 vi è una lista delle pubblicazioni utilizzate dalle Parti Contraenti per diffondere annualmente informazioni sui fornitori qualificati per le procedure ristrette¹⁰¹.

Infine, l'Appendice 4 elenca le pubblicazioni in cui possono essere reperite informazioni concernenti norme, regolamenti, sentenze e decisioni amministrative relative agli appalti pubblici soggetti al campo di applicazione dell'Accordo, nonché eventuali procedure o pratiche, intese quali prassi, poste in essere o richieste in relazione alle gare d'appalto.

Il ruolo fondamentale che le Appendici rivestono nella struttura dell'Accordo deve essere evidenziato. Le Appendici, determinando l'ambito di applicazione soggettiva ed oggettiva dell'Accordo, ne sono parte integrante¹⁰². Infatti, la negozia-

gli Stati Uniti hanno, a loro volta, ammesso analoga possibilità per le imprese europee che vogliano aver accesso agli appalti pubblici gestiti da alcune entità portuali statunitensi.

¹⁰¹ Per la Comunità europea, non esistendo alcuna pubblicazione ufficiale specifica adibita a tale scopo, si fa riferimento alla Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, serie 'S'.

¹⁰² Questo in forza della formulazione adottata dall'articolo I, par. 1: «Portée et champ d'application - Le présent accord s'applique à toute loi, tout règlement, ainsi qu'à toute procédure ou pratique concernant tout marché passé par les entités visées par le présent accord, telles qu'elles sont spécifiées à l'Appendice I». Inoltre, l'articolo XXIV, par. 12, afferma «Notes, Appendices et Annexes - Les Notes, Appendices et Annexes au présent accord en font partie intégrante». Il punto è meglio chiarito nel Rapporto del Gruppo Speciale relativo al caso della Corea, *Mesures affectant les marchés publics*, del 1 maggio 2000, al paragrafo 7.124, «Comme l'Organe d'appel l'a souligné dans l'affaire *Communautés européennes - Matériels informatiques et l'affaire Canada - Produits laitiers*, les Listes font partie intégrante d'un traité. Par conséquent, les négociations relatives à des Listes, en l'espèce les Annexes de l'AMP, sont sur le fond des négociations relatives à un traité». WT/DS 163/R del 1.5.2000.

zione tra gli Stati non è incentrata sulla consistenza numerica dei soggetti inseriti nelle liste, ma sull'effetto concorrenziale derivante dall'apertura della parte di mercato di cui i soggetti in questione sono responsabili¹⁰³.

Applicando questa logica 'mercantilistica', imperniata sullo scambio reciproco delle concessioni, le entità aggiudicatrici non sono obbligate all'applicazione dell'Accordo per tutti i loro appalti pubblici. Al contrario, si evidenzia una netta tendenza a definire la reciprocità su base settoriale. Inoltre, ammettere eccezioni al generale principio di non discriminazione, determina un minor effetto di liberalizzazione del mercato degli appalti pubblici nel suo complesso¹⁰⁴.

Allo stato attuale, dunque, per una lettura completa delle Appendici dell'Accordo vigente è necessario prendere in considerazione, oltre ai testi degli allegati fissati al momento della firma di Marrakesh, fra tutti i paesi firmatari, le modifiche successivamente intervenute. Il sistema è disciplinato dalla decisione del 4 giugno 1996 del Comitato per gli appalti pubblici, relativamente alla definizione di un sistema 'a fogli mobili' ('*système à feuillets mobiles*' o '*form of a loose-leaf system*'),

¹⁰³ Riprendiamo qui le affermazioni del Rapporto del Gruppo Speciale relativo al caso della Corea - 'mesures affectant les marchés publics, del 1 maggio 2000, al paragrafo 7.109, «(...) Il est vrai que les Listes sont structurées en fonction des entités mais ce n'est pas ce qui est à la base des négociations. Les Membres ne négocient pas pour que des entités en tant que telles soient visées. Ils ne négocient pas pour l'inscription de noms sur une liste. Ils négocient plutôt pour obtenir que soient visés les marchés dont les entités visées sont responsables. Comme de précédents groupes spéciaux l'ont noté, les négociations sur les engagements repris dans les Listes ont pour objet d'obtenir des possibilités de concurrence et, dans le contexte de l'AMP, c'est l'accès à des projets qui donne ces possibilités, et pas simplement une liste de noms d'entités gouvernementales».

¹⁰⁴ Sul più generale problema, v. HUDEC, SOUTHWICK, *Regionalism and WTO Rules: Problems in the Fine Art of Discriminating Fairly*, in MENDOZA, LOW, KOTSCHWAR, *Trade Rules in the Making. Challenges in Regional and Multilateral Negotiations*, Washington DC, 1999, p. 47 ss.

avente valore giuridico, per l'aggiornamento periodico delle appendici dell'Accordo sugli appalti pubblici¹⁰⁵. L'ambito di applicazione dell'Accordo è, quindi, periodicamente certificato dal Direttore generale dell'OMC¹⁰⁶, conformemente all'articolo XXIV, paragrafo 14 dell'Accordo¹⁰⁷, e registrato conformemente all'articolo 102 della Carta delle Nazioni Unite¹⁰⁸. Possiamo supporre che il richiamo alla procedura di registrazione dei trattati abbia il più semplice scopo di confermare il valore giuridico di questo sistema di aggiornamento periodico delle Appendici dell'Accordo sugli appalti pubblici.

Peraltro, il meccanismo riprende quello già utilizzato nel Codice del 1979, ma ha una maggiore flessibilità.

Il Codice del 1979, per garantita la reciprocità delle obbligazioni assunte e dei benefici goduti dagli Stati partecipanti all'accordo, permetteva modificazioni 'minori' sotto obbligo

¹⁰⁵ La decisione, GPA/M/2, «concernant l'établissement d'un système à feuillets mobiles, ayant valeur juridique, pour la mise à jour périodique des Appendices de l'Accordo sur les marchés publics», è reperibile sul sito internet dell'OMC, www.omc.org.

¹⁰⁶ Ad esempio. Con il documento WLI/100 del 29.12.2000, il Direttore generale dell'OMC, Mike Moore, certifica le pagine sostitutive 1/3 e 2/3 relativamente all'Appendice 1, Allegato 1 concernente il Giappone. Con il documento WLI/100 del 30.5.2001, il Direttore generale, certifica gli obblighi derivanti dall'accessione dell'Islanda, che sono inserite dopo l'Appendice di Hong Kong e prima dell'Appendice del Giappone.

¹⁰⁷ L'art. XXIV, par. 14, dell'Accordo del 1994, intitolato «*Dépôt*», prevede, «Le présent accord sera déposé auprès du Directeur général de l'OMC, qui remettra dans les moindres délais à chaque Partie une copie certifiée conforme de l'Accord et de toute rectification ou modification qui y aura été apportée conformément au paragraphe 6, de tout amendement qui y aura été apporté conformément au paragraphe 9, ainsi qu'une notification de chaque acceptation ou accession conformément aux paragraphes 1 et 2, et de chaque dénonciation conformément au paragraphe 10, du présent article».

¹⁰⁸ L'art. 102 della Carta delle Nazioni Unite dispone in tema di registrazione dei trattati internazionali e di effetti della registrazione. Sul più generale problema della registrazione dei trattati internazionali, si rinvia a CONFORTI, *Le Nazioni Unite*, VI ed, Padova, 2000, p. 261 ss.

di semplice notificazione alle altre parti¹⁰⁹, ma subordinava tutte le altre modificazioni all'esistenza di circostanze eccezionali e all'espletamento di una specifica procedura in contraddittorio con le altre parti dell'accordo¹¹⁰. Questo sistema si era rivelato un po' rigido e statico ed aveva prodotto un alto livello di conflittualità nella gestione dell'accordo, amplificando la difesa degli interessi economico-politici dei singoli Stati contraenti¹¹¹.

¹⁰⁹ Articolo IX, par. 5, lett. a) del Codice del 1979.

¹¹⁰ Articolo IX, par. 5, lett. b) del Codice del 1979, che, da ultimo precisava: «S'il n'est pas possible d'arriver à un accord sur une modification apportée ou projetée, la question pourra être traitée ensuite selon les dispositions de l'article VII du présent accord, en tenant compte de la nécessité de maintenir l'équilibre des droits et des obligations au niveau le plus élevé possible».

¹¹¹ Ricordiamo, ad esempio, che durante i negoziati era sorta una controversia tra Stati Uniti e Giappone, relativamente alla reale consistenza economica degli appalti pubblici giapponesi sottoposti alla disciplina internazionale. In particolare il conflitto riguardava l'inclusione nell'ambito di applicazione del Codice dell'azienda pubblica giapponese dei telegrafi e dei telefoni (NTT), un ente paragonato dipendente dal governo giapponese ed operante in un settore in cui le imprese degli Stati Uniti risultano essere particolarmente competitive sul mercato internazionale. La richiesta statunitense era peraltro anche giustificata dalla mancanza in Giappone di un ufficio centrale per gli appalti pubblici, quindi ogni entità pubblica è dotata di autonomi poteri contrattuali. Il 2 giugno del 1979 gli Stati Uniti ed il Giappone hanno rilasciato una dichiarazione congiunta in cui si annunciava che entro il 31 dicembre 1980, cioè un giorno prima della prevista entrata in vigore del Codice, sarebbe stato concluso un accordo bilaterale relativo all'accesso alle pubbliche forniture nel settore delle telecomunicazioni. Il 19 dicembre 1980 è, infatti, stato firmato l'Accordo NTT (entrato in vigore il 1° gennaio 1980, come il Codice sugli appalti pubblici), in forza del quale il Giappone ha aperto i propri acquisti nel settore delle telecomunicazioni alle imprese statunitensi. È particolarmente interessante notare che il Giappone ha deciso di attuare l'accordo bilaterale con gli Stati Uniti sulla base della clausola della nazione più favorita, relativamente agli appalti compresi nell'ambito di applicazione del Codice. Sul caso, v. KONO, *United States-Japan Trade Developments under the MNT Agreement on Government Procurement*, in *Fordham International Law Journal*, 1982, p. 139 ss.; COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE,

Il meccanismo è stato ripreso e modificato dall'Accordo del 1994. Oltre alla maggiore flessibilità evidenziata, è stato attribuito al Comitato per gli appalti pubblici un ruolo molto importante nella gestione dell'Accordo. In particolare, a seguito della notificazione di una modifica delle Appendici, è previsto un termine di 30 giorni per eventuali obiezioni da parte delle altre Parti Contraenti. Il Comitato per gli appalti pubblici deve, quindi, esaminare la questione cercando di trovare una soluzione che mantenga l'equilibrio di concessioni tra le parti. Nel caso in cui il Comitato non riesca ad arrivare ad un accordo, la questione potrà essere sottoposta all'Organo di soluzione delle controversie, conformemente alle disposizioni dell'articolo XXII dell'Accordo. L'intervento del Comitato, quindi, da una parte, esercita un potere di tipo arbitrale, dall'altra, sottrae le eventuali controversie alla disponibilità totale delle parti¹¹².

L'Accordo del 1994, inoltre, ha espressamente previsto il caso della c.d. privatizzazione di soggetti inseriti nelle Appen-

Pubblici appalti in Giappone e relative procedure, Luxemburg, 1983. Analogamente, nel 1984, gli Stati Uniti ed il Canada contestarono la richiesta della Finlandia di escludere il Government Fuel Center dall'Allegato I del Codice, poiché tale soggetto, essendo stato privatizzato, aveva perduto la qualificazione di «entità posta direttamente od essenzialmente sotto l'autorità» pubblica finlandese. L'opposizione a tale richiesta era peraltro giustificata dall'obbligo, di cui all'art. IX, par. 5, lett. b, di ammettere la modificazione degli elenchi delle entità pubbliche contraenti «unicamente in circostanze eccezionali», e dall'impegno a mantenere una sorta di equilibrio nei benefici e nel peso delle obbligazioni assunte dai diversi Stati partecipanti. Sebbene il governo finlandese avesse fatto rilevare che la privatizzazione del Fuel Center portava ad una piena realizzazione dello scopo del Codice poiché detto soggetto avrebbe operato in regime di concorrenza, gli Stati Uniti ed il Canada hanno chiesto alla Finlandia di prevedere una qualche forma di compensazione rispetto alla modifica richiesta; è stato quindi inserito nell'Allegato I il National Board of Survey. Sul caso, in particolare, v. JANIK, *A U.S. Perspective on the GATT Agreement on Government Procurement*, in *George Washington Journal of International Law and Economics*, 1987, n. 3, p. 491 ss.

¹¹² V. Articolo XXIV, par. 6, lett. a) dell'Accordo del 1994.

dici rilevando come, in questa situazione, debbano essere riconosciuti gli effetti di liberalizzazione del mercato derivanti dalla mancanza di controllo da parte del soggetto pubblico. Peraltro, anche in questo caso un'eventuale obiezione è trattata conformemente alle procedure in materia di consultazione e composizione delle controversie¹¹³.

Fino ad oggi, una sola controversia, relativa alla pretesa inclusione nelle Appendici della Corea delle entità responsabili per gli appalti pubblici relativi al progetto di costruzione di un nuovo aeroporto¹¹⁴, è stata decisa dall'Organo di composizione delle controversie¹¹⁵.

1.2.4.3. *La previsione di procedure di impugnazione nazionali a favore degli operatori economici.*

L'Accordo del 1994 contiene un'importante disposizione innovativa in tema di procedure di impugnazione. L'Articolo XX, infatti, dopo aver previsto la possibilità di una composi-

¹¹³ V. Articolo XXIV, par. 6, lett. b) dell'Accordo del 1994.

¹¹⁴ In particolare gli Stati Uniti lamentavano che la Corée applicava procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici che non erano ragionevolmente prevedibili dagli Stati Uniti durante i negoziati che hanno portato all'inclusione dei lavori di costruzione del nuovo aeroporto nell'ambito di applicazione dell'Accordo. In particolare «Les États-Unis font valoir que ces mesures ont pour effet de bouleverser le rapport de concurrence établi entre les produits, services et fournisseurs des États-Unis et les produits, services et fournisseurs coréens en ce qui concerne le projet de construction de l'IIA, les sommes en jeu représentant une valeur potentielle de 6 milliards de dollars EU. Sur cette base, les États-Unis font valoir que la Corée annule ou compromet des avantages résultant pour eux de l'AMP», punto 7.89 della decisione.

¹¹⁵ La decisione è stata adottata dall'Organo di composizione delle controversie il 19 giugno 2000, WT/DBS/M/84; il rapporto del Panel è del 1.5.2000, WT/DS163/R; la richiesta di istituzione del panel è del 11.5.1999, WT/DS163/4. La decisione stabilisce che l'entità in questione non è inclusa nelle Appendici dell'Accordo, ma si evidenzia per aver affrontato il problema delle «non violation complaints», v. *infra* in questo capitolo, par 1.2.4.4.

zione amichevole dell'eventuale controversia che dovesse insorgere tra l'entità appaltante e un fornitore che denunci una violazione dell'Accordo correlata ad una specifica procedura di appalto, stabilisce che, in caso di insuccesso della conciliazione, la questione debba poter essere sottoposta ad un organo giudiziario o ad altro organo imparziale e indipendente¹¹⁶.

Vi è quindi l'obbligo per le Parti Contraenti di porre in essere, dandone comunicazione scritta e garantendo la dovuta pubblicità, procedure di ricorso non discriminatorie, tempestive, trasparenti ed efficaci che permettano ai fornitori di impugnare presunte violazioni dell'Accordo verificatesi in relazione agli appalti cui hanno, o hanno avuto, interesse¹¹⁷.

A questo scopo è anche stata prevista la terzietà del giudice, la pubblicità del procedimento, il diritto per i partecipanti di essere sentiti prima dell'emissione del parere o della decisione e il diritto di avere accesso a tutte le fasi procedurali. Inoltre, le decisioni dell'organo giudicante nazionale dovranno essere formulate per iscritto ed essere motivate¹¹⁸.

Per garantire l'effettività del ricorso giurisdizionale, è prevista l'adozione, da parte del giudice adito, di provvedimenti d'urgenza, quali la sospensione della procedura di aggiudicazione, per rimediare a violazioni dell'Accordo o salvaguardare opportunità commerciali, e di altre misure atte a rimediare all'eventuale violazione dell'Accordo ed a risarcire i

¹¹⁶ V. Articolo XX precisamente intitolato «Procédures de contestation», par. 1, dell'Accordo del 1994. V. gli studi di FOOTER, *Remedies under the new GATT Agreement on Government Procurement*, in *Public Procurement Law Review*, 1995, p. 80 ss.; DAVIES, *Remedies for Enforcing the WTO Agreement on Government Procurement from the Perspective of the European Community: a Critical View*, in *World Competition*, 1997, p. 113 ss.; DALBY, *Remedies for Infringement of the Government Procurement Agreement*, in TYRRELL, BEDFORD, *Public Procurement in Europe: Enforcement and Remedies*, London, 1997, p. 239 ss.; ROEBLING, *Invoking the Agreement on Government Procurement*, in *Public Procurement Law Review*, 1999, p. 187 ss.

¹¹⁷ V. Articolo XX, par. 2-5, dell'Accordo del 1994.

¹¹⁸ V. Articolo XX, par. 6, dell'Accordo del 1994.

danni subiti, che potranno essere limitati al costo della preparazione e della presentazione dell'offerta e del reclamo¹¹⁹.

La disposizione si differenzia da quella contenuta nell'articolo 19 dell'intesa sulla soluzione delle controversie, perché, in quest'ultima, l'effettivo adempimento con le disposizioni dell'Accordo è lasciato alla discrezionalità della Parte contraente che ha commesso la violazione¹²⁰. Peraltro, l'eventuale sospensione della procedura d'appalto non è prevista seguire automaticamente la contestata violazione dell'Accordo. È, infatti, prevista una specifica eccezione all'applicazione del provvedimento di sospensione legata alla possibilità di valutare eventuali conseguenze negative, sproporzionate per gli interessi in causa, compreso l'interesse pubblico. Da una parte, il problema è di come debba essere valutata la 'sproporzione degli interessi in causa'. Se, ad esempio, l'esecuzione dell'appalto non fosse ancora incominciata, potrebbe essere difficile argomentare in buona fede la sproporzione di interessi, ma in tutti gli altri casi ogni giudice avrà assoluta discrezionalità nell'attribuire valore ad un elemento piuttosto che ad un altro.

¹¹⁹ L'Articolo XX, dell'Accordo del 1994, intitolato «Procédures de contestation», par. 7, dispone «Les procédures de contestation prévoiront: a) des mesures transitoires rapides pour remédier aux violations de l'Accord et préserver les possibilités commerciales. Cette action pourra entraîner la suspension du processus de passation du marché. Toutefois, les procédures pourront prévoir que des conséquences défavorables primordiales pour les intérêts concernés, y compris l'intérêt public, pourront être prises en compte lorsqu'il faudra décider si de telles mesures devraient être appliquées. En pareil cas, tout défaut d'action sera motivé par écrit; b) une évaluation et une possibilité de décision concernant la justification de la contestation; c) la correction de la violation de l'Accord ou la compensation des pertes ou dommages subis, qui pourra être limitée aux coûts de la préparation de la soumission ou de la contestation».

¹²⁰ Infatti, l'art. 19 dell'Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la soluzione delle controversie, «Raccomandazioni dei panel e dell'organo d'appello», prevede che se il panel giunge alla conclusione che una misura è incompatibile con un accordo del quadro OMC, raccomanda al membro interessato di rendere tale misura conforme all'accordo.

D'altra parte, l'elemento della tutela dell'interesse pubblico lascia un ulteriore ampio margine di valutazione alle giurisdizioni nazionali.

Relativamente al risarcimento del danno, la previsione dell'articolo XX, paragrafo 7, lettera c, limita molto l'utilità della disposizione. Invece di utilizzare il valore del contratto quale parametro per la determinazione del risarcimento, la disposizione permette di limitare la quantificazione del risarcimento ai soli costi relativi alla preparazione ed alla presentazione dell'offerta. In questo modo, la sanzione è privata delle sue valenze preventive, perché permette di mantenere il costo eventuale derivante dall'inadempimento inferiore al beneficio derivante dalla violazione della disciplina.

Problema di notevole importanza è stabilire se, attraverso il diritto di ricorso previsto dall'articolo XX, possa essere fatto valere l'eventuale non corretto adempimento all'Accordo da parte del legislatore nazionale¹²¹. Tuttavia, la lettera della disposizione si limita a prevedere il diritto degli operatori economici ad impugnare presunte violazioni dell'Accordo verificatesi in relazione ad appalti ai quali essi hanno, o hanno avuto, interesse. Diversamente, il successivo articolo XXII dispone per il caso di non corretto adempimento da parte del legislatore nazionale. Di conseguenza, la disposizione di cui all'articolo XX non permette chiedere ad un giudice nazionale una valutazione sulla compatibilità della legislazione interna con l'Accordo sugli appalti pubblici¹²². Nel caso in cui la legisla-

¹²¹ È interessante notare che anche gli Stati che hanno lo statuto di osservatori devono comunicare al Comitato sugli appalti pubblici tutte le informazioni rilevanti sul sistema nazionale di aggiudicazione e sulle azioni giurisdizionali che potranno essere previste in relazione all'eventuale applicazione dell'Accordo. V. GPA/35 del 21.6.2000, «Checklist of Issues for Provision of Information Relating to Accession to the Agreement on Government Procurement».

¹²² Cfr. HOEKMAN, MAVROIDIS, *The WTO's Agreement on Government Procurement: Expanding Disciplines, Declining Membership?*, in *Public Procurement*.

zione nazionale non sia stata correttamente coordinata con le disposizioni dell'Accordo, il problema potrà essere portato esclusivamente avanti all'Organo di soluzione delle controversie attraverso il ricorso di una Parte Contraente dell'Accordo, non dal singolo operatore economico.

1.2.4.4. *La soluzione controversie avanti l'Organo di composizione delle controversie.*

Secondo quanto previsto dall'articolo XXII, in caso di controversie fra le Parti Contraenti relative all'attuazione dell'Accordo, si applicano le disposizioni dell'Intesa sulla soluzione delle controversie¹²³, firmata anch'essa a Marrakesh il

rement Law Review, 1995, p. 63 ss. gli stessi autori, anche, *Multilateralizing the Agreement on Government Procurement*, in HOEKMAN, MAVROIDIS, *Law and Policy in Public Purchasing. The WTO Agreement on Government Procurement*, Ann Arbor (Michigan), 1997, p. 289 ss., in particolare, p. 306. V. anche FOOTER, *Remedies under the new GATT Agreement on Government Procurement*, in *Public Procurement Law Review*, 1995, pp. 80 ss. V. anche *infra* capitolo 2.3.

¹²³ Sull'Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la soluzione delle controversie, LOWENFELD, *Remedies along with Rights: Institutional Reform in the New GATT*, in *American Journal of International Law*, 1994, p. 481 ss.; KOHONA, *Dispute Resolution under the World Trade Organization: an Overview*, in *Journal of World Trade*, 1994, p. 23 ss.; LIGUSTRO, *Le controversie fra Stati nel diritto del commercio internazionale: dal GATT all'OMC*, Padova, 1996; COCCIA, *Il sistema di soluzione delle controversie nel World Trade Organization*, in GIARDINA, TOSATO, *Diritto del commercio internazionale*, Milano, 1996, p. 89 ss.; PETERSMANN, *The GATT-WTO Dispute Settlement System*, London, 1997; PESCATORE, *The New WTO Dispute Settlement Mechanism*, in DEMARET, BELLIS, *Regionalism and Multilateralism after the Uruguay Round*, Brussels, 1997, p. 661 ss.; LEANZA, *La soluzione delle controversie nell'OMC*, in SOCIETÀ ITALIANA DI DIRITTO INTERNAZIONALE, *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Napoli, 1998, p. 275 ss.; MENGOZZI, *The World Trade Organization Law: An Analysis of its First Practice*, in AA.VV.,

15 aprile 1994, quale secondo allegato all'accordo istitutivo dell'Organizzazione mondiale del commercio. Di conseguenza, nel caso in cui Stati non membri dell'OMC aderissero all'Accordo sugli appalti pubblici si porrebbe il problema di

Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti, Tomo I *Diritto Internazionale*, Milano, 1999, p. 271 ss.; VAN DEN BOSSCH, MARCEAU, *Le système de règlement de différends de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse d'un système particulier et distinctif*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1998, n. 3, p. 29 ss.; LEBULLENGER, *La Communauté face au processus de réexamen du système de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce*, in *Revue du Marché Commun*, 1998, p. 629; MARTINO, LANGELLA, RISI, *Il sistema di soluzione delle controversie nell'ambito dell'organizzazione mondiale del commercio: attuazione e prospettive*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1999, p. 425 ss.; BARONCINI, *The WTO Dispute Settlement Understanding as a promoter of transparent, rule-oriented, mutually agreed solutions - A study on the value of DSU Consultations and their Positive Conclusion*, in MENGOZZI, *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, 1999, p. 303 ss.; PETERSMANN, *Dispute Settlement Procedures in the WTO. A view from The Hague*, in HEERE, *International Law and The Hague's 750th Anniversary*, The Hague, 1999, p. 297; CAMERON, *Dispute Resolution in the WTO*, in HEERE, *International Law and The Hague's 750th Anniversary*, The Hague, 1999, p. 293 ss.; DISTEFANO, *Certezze del diritto ed esecuzione delle decisioni OMC alla luce dei primi arbitrati*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2000, p. 579 ss.; PACE, *Cinq ans apres sa mise en place: la necessaire reforme du mecanisme de reglements des differends de l'OMC*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 2000, p. 615 ss.; KESSIE, *Enhancing Security and Predictability for Private Business Operators under the Dispute Settlement System of the WTO*, in *Journal of World Trade*, 2000, n.6, p. 14 ss.; FELICIANO, VAN DEN BOSSCHE, *The Dispute Settlement System of the World Trade Organization: Institutions, Process and Practice*, in BLOKKER, SCHERMERS, *Proliferation of International Organizations. Legal Issues*, London, 2001, p. 297 ss.; CAMERON, GRAY, *Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2001, p. 249 ss.; DAVEY, *Has the WTO Dispute Settlement System Exceeded its Authority? A Consideration of Deference Shown by the System to Member Government Decisions and Its Use of Issue-Avoidance Techniques*, in *Journal of International Economic Law*, 2001, p. 79 ss.; GRANÉ, *Remedies Under WTO Law*, in *Journal of International Economic Law*, 2001, p. 755 ss.

un'espressa accettazione dell'Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la soluzione delle controversie, limitatamente alle controversie relative all'Accordo.

Il secondo paragrafo dell'articolo XXII, introduce due forme di ricorso. Un ricorso per «violation complaints», per il caso in cui la realizzazione di qualsiasi obiettivo dell'Accordo sia ostacolata dal fatto che una o più parti non adempiano le loro obbligazioni in forza dell'Accordo. Un ricorso per «non-violation complaints»¹²⁴, per il caso in cui la realizzazione di qualsiasi obiettivo dell'Accordo sia ostacolata dal fatto che una o più parti applicano determinate misure, anche non in conflitto con le disposizioni dell'Accordo.

La norma è particolarmente importante per due profili.

In primo luogo, l'espressa previsione di un ricorso per contestare eventuali ostacoli alla realizzazione di qualsiasi obiettivo dell'Accordo, sia per il fatto che una o più parti non adempiano le loro obbligazioni, sia per il fatto che una o più parti applichino determinate misure, anche non in conflitto con l'Accordo stesso, porta a ritenere che tutte le questioni relative all'adattamento degli ordinamenti interni delle Parti Contraenti all'Accordo siano di esclusiva competenza dell'Organo di soluzione delle controversie, e, di conseguenza, siano sottratte ad altre giurisdizioni e ad altri tipi di rimedio giurisdizionale.

In secondo luogo, la previsione del ricorso per «non-violation complaints» introduce nel sistema un elemento di indubbia flessibilità, non facilmente controllabile in via giuri-

¹²⁴ Su questo tipo di ricorso CHO, *GATT Non-Violations Issues in the WTO Framework: Are They the 'Achilles Hell' of the Dispute Settlement Process?*, in *Harvard International Law Journal*, 1998, p. 311 ss.; WILLIAMS, *Non-Violation Complaints in the WTO System*, in MENGOZZI, *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, 1999, p. 675 ss.; v. anche ROESSLER, *Should Principles of Competition Policy be Incorporated into WTO law Through Non-Violation Complaints?*, in *Journal of International Economic Law*, 1999, p. 413 ss.

sdizionale, che va a limitare la prevedibilità e la trasparenza dell'intero procedimento di soluzione delle controversie nascenti dall'Accordo stesso, riconsegnandolo alla disponibilità delle Parti Contraenti¹²⁵. Nell'unico caso in cui l'Organo di soluzione delle controversie si è occupato dell'Accordo sugli appalti pubblici, sono stati individuati tre elementi in forza dei quali è possibile individuare l'esistenza di una misura nazionale che porti all'annullamento o alla riduzione dell'equilibrio negoziale concordato. In particolare, una concessione deve essere stata negoziata e deve essere stata introdotta nell'Accordo, la misura nazionale controversa deve comportare un disequilibrio del rapporto negoziale e tale misura nazionale non poteva essere ragionevolmente prevista al momento in cui la concessione è stata negoziata.

Esperito un tentativo di conciliazione e mediazione¹²⁶, la richiesta potrà essere notificata all'Organo di composizione delle controversie. Detto Organo può a sua volta istituire gruppi speciali di lavoro, i c.d. *panel*¹²⁷, per l'esame delle singole controversie; esso adotta le relazioni finali predisposte dal *panel* o dall'Organo di Appello¹²⁸; formula raccomanda-

¹²⁵ V. CARRIER, *Sovereignty under the Agreement on Government Procurement*, in *Minnesota Journal of Global Trade*, 1997, vol. 6, n.1, p. 67 ss.

¹²⁶ Il Direttore Generale dell'OMC, se richiesto, può assumere in tali casi la veste di mediatore fra le parti interessate.

¹²⁷ L'Intesa sulla soluzione delle controversie disciplina l'attività dei *panel*, art. da 6 a 16.

¹²⁸ L'intesa sulla soluzione delle controversie, all'art. 17, disciplina l'eventuale fase di appello. In particolare, è prevista la possibilità di un secondo grado di giudizio, avviato su istanza di parte, innanzi all'Organo di Appello che ha, al contrario del *panel*, una struttura permanente. L'Organo di appello può riformare le decisioni di primo grado esclusivamente per questioni di diritto. Sull'Organo di appello, oltre agli autori già richiamati, v. SACERDOTI, *Il doppio grado di giudizio nelle giurisdizioni internazionali*, in *Comunicazioni e Studi*, 1997, p. 153 ss.; RUIZ FABRI, *L'appel dans le règlement des différends de l'OMC: 3 ans après, 15 rapports plus tard*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 1999, p. 47 ss.

zioni in materia; controlla l'effettiva applicazione delle decisioni e delle raccomandazioni assunte.

In relazione all'applicazione delle disposizioni dell'Accordo e delle raccomandazioni adottate, l'Organo di composizione delle controversie può esercitare due diverse competenze¹²⁹. Da una parte, può autorizzare la sospensione delle concessioni e delle altre obbligazioni derivanti dall'Accordo sugli appalti pubblici¹³⁰. Dall'altra, quando non sia possibile annullare le misure che costituiscono una violazione dell'Accordo può avviare delle consultazioni sui rimedi giuridici. Anche sotto questo profilo si evidenzia la non diminuita importanza degli Stati nella gestione dell'Accordo sugli appalti pubblici.

Un altro aspetto rilevante, che pare doveroso richiamare anche in questo contesto, è che l'Intesa sulla soluzione delle controversie ha previsto espressamente che al termine delle procedure, compreso l'eventuale ricorso innanzi all'Organo di Appello, le conclusioni degli esperti, portate innanzi all'Organo di composizione delle controversie, possano essere respinte solo se in questo senso si pronunciano tutte le Parti Contraenti dell'Accordo (c.d. *inverted consensus*)¹³¹.

¹²⁹ V. Articolo XXII, par 3, dell'Accordo del 1994.

¹³⁰ A questo proposito il par. 7 dell'art. XXI, attribuisce una perfetta autonomia all'Accordo sugli appalti pubblici rispetto agli altri accordi conclusi nel quadro OMC. In particolare precisa che, «Nonobstant les dispositions du paragraphe 2 de l'article 22 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, tout différend survenant dans le cadre de tout Accord figurant à l'Appendice 1 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends autre que le présent accord n'entraînera pas la suspension de concessions ou d'autres obligations qui résultent du présent accord, et tout différend survenant dans le cadre du présent accord n'entraînera pas la suspension de concessions ou d'autres obligations qui résultent de tout autre Accord figurant dans ledit Appendice 1».

¹³¹ Il punto è più che rilevante e rappresenta l'elemento in forza del quale si può parlare di sistema giurisdizionale di soluzione delle controversie in ambito OMC. Ricordiamo, infatti, che nel sistema previsto dal Codice del

Da ultimo, rileviamo che, nel procedimento sopra delineato, nessun ruolo autonomo è attribuito alle entità aggiudicatrici o agli operatori economici la cui posizione giuridica soggettiva sia eventualmente in causa. Tutto il sistema della tutela giurisdizionale nell'Accordo del 1994, infatti, trova il suo punto focale nel ruolo preminente delle Parti Contraenti¹³².

1.2.5. *La continuazione dei negoziati. Il GATS e gli appalti pubblici di servizi. Il Gruppo di lavoro per l'Accordo sulla trasparenza negli appalti pubblici.*

L'Accordo del 1994 costituisce una sorta di accordo quadro multilaterale comune all'interno del quale gli Stati dovrebbero continuamente operare per ampliare l'ambito di applicazione dell'Accordo stesso. Un mezzo attraverso cui si raggiunge questo risultato è la conclusione di nuovi accordi su base bilaterale¹³³. Le modificazioni introdotte alla struttura

1979, una decisione poteva essere adottata, e quindi dispiegare i suoi effetti, solo nel caso in cui votassero in questo senso tutte le Parti Contraenti. Era, quindi, sufficiente il veto di una sola parte, normalmente la parte risultata soccombente, per bloccare l'adozione della decisione. Cfr. COMBA, *Il neo liberismo internazionale. Strutture giuridiche a dimensione mondiale dagli Accordi di Bretton woods all'Organizzazione mondiale del commercio*, Milano, 1995, p. 263 ss.

¹³² Il tema è stato ampiamente affrontato da MENGOZZI, *Persone fisiche e persone giuridiche nel contenzioso dell'OMC*, in *La Comunità europea e l'Organizzazione mondiale del commercio*, Atti del convegno di Siena 22-23 giugno 2001, in corso di pubblicazione.

¹³³ In questo senso possono essere letti anche gli accordi conclusi dalla Comunità europea con la Corea del sud - Decisione del Consiglio del 22 aprile 1997, in *G.U.C.E.* 22.11.1997, n. L 321, p. 30 ss., relativa alla conclusione di un Accordo sugli appalti pubblici di telecomunicazioni e ad un Memorandum relativo agli appalti del settore privato delle telecomunicazioni tra la Comunità europea e la Corea del Sud -, con Israele - Decisione del Consiglio, 97/474/CE, del 24 febbraio 1997, in *G.U.C.E.* 30.7.1997, n. L 202, p. 72 ss., relativo alla conclusione di due Accordi tra la Comunità europea ed

dell'Accordo con accordi bilaterali tra le parti possono essere successivamente inserite nell'Accordo sugli appalti pubblici, attraverso la revisione delle Appendici e degli Allegati, e quindi costituire una nuova base per i negoziati con le altre Parti Contraenti dell'Accordo stesso. In questo modo si instaura una sorta di meccanismo di travasi dall'ambito bilaterale a quello plurilaterale che dà nuovo impulso alla negoziazione su base bilaterale¹³⁴.

Anche l'Accordo generale sugli scambi di servizi (GATS)¹³⁵ prevede l'avvio di negoziati commerciali multilaterali al fine di

Israele relativamente agli appalti nel settore delle telecomunicazioni e degli appalti pubblici, - e con il Messico - Decisione del Consiglio, 2/2000/CE, del 23 marzo 2000, in *G.U.C.E.* 4.4.2000, n. L 101, p. 23 ss., relativa al commercio di merci, agli appalti pubblici, alla cooperazione in materia di concorrenza, alle consultazioni sulla proprietà intellettuale, alla soluzione delle controversie. Su quest'ultimo accordo, v. DRIESSEN, *Nouveaux débouchés dans le cadre de la politique communautaire en matière de marchés publics: l'Accordo UE-Mexique sur les marchés publics*, in *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2000, p. 571 ss; HOFFMANN-JENSSEN, STEHMANN, *The E.U. - Mexico Free Trade Agreement*, in *Public Procurement Law Review*, 2001, p. NA1 ss. Per tutti v. il lavoro REICH, *International Public Procurement Law: The Evolution of International Regimes on Public Purchasing*, London, 1999, che dà ampio spazio all'analisi di numerosi accordi di tipo bilaterale in materia di appalti pubblici con particolare riguardo a quelli conclusi dagli Stati Uniti.

¹³⁴ Il processo è difficile da seguire, considerato che si svolge attraverso gli organi amministrativi delle Parti Contraenti e che, spesso, i relativi documenti sono sottoposti a restrizione. A questo proposito esiste, infatti, una specifica decisione del Comitato sugli appalti pubblici del 24 febbraio 1997, GPA/1/Add.2, che disciplina le modalità di sottoposizione dei documenti a riservatezza. Ad esempio, il documento GAP/45 del 20.11.2000 scioglie da riservatezza, tra l'altro, una proposta di emendamento dell'Accordo avanzata dalla Comunità europea in data 15.7.1999, GPA7W787.

¹³⁵ Nell'Accordo generale sugli scambi di servizi (v. supra in questo capitolo par. 1.2.5. ed in particolare nota 70) accanto ad un quadro normativo generale che determina il campo di applicazione e stabilisce le principali regole del processo di liberalizzazione internazionale attraverso successivi negoziati, si trovano una serie di allegati dedicati a settori specifici che interpretano e precisano le disposizioni contenute nella parte generale alla luce dello specifico settore di riferimento. L'accordo quadro prevede due tipi di obbli-

stabilire una disciplina generale per gli appalti pubblici di servizi. Come il GATT 1947 aveva previsto in relazione agli appalti pubblici aventi ad oggetto dei beni, anche il GATS prevede una specifica eccezione all'applicazione del trattamento nazionale e della clausola della nazione più favorita per gli appalti pubblici di servizi¹³⁶. Uno specifico Gruppo di lavoro multilaterale è, quindi, stato istituito dal Consiglio sul commercio dei servizi¹³⁷ con l'incarico di condurre i negoziati su-

ghi per gli Stati Contraenti. Il primo tipo comprende norme di carattere generale applicabili indistintamente a tutti gli Stati membri, tra cui l'obbligo di riservare a tutti i servizi e i prestatori di servizi di uno Stato membro il trattamento della nazione più favorita. Il secondo tipo comprende norme applicabili solo nei confronti degli Stati che abbiano deciso di sottoscrivere impegni per alcune categorie di servizi, tra cui la concessione del trattamento nazionale e dell'accesso al mercato. Per un approfondimento, v. SACERDOTI, *The International Regulation of Services: Basic Concepts and Standard of Treatment*, in SACERDOTI, *Liberalization of Services and Intellectual Property in the Uruguay Round*, Fribourg, 1990, p. 253 ss.; GREPPI, *La disciplina giuridica internazionale della circolazione dei servizi*, Napoli, 1994, in particolare p. 215; WEISS, *The General Agreement on Trade in Services 1994*, in *Common Market Law Review*, 1995, p. 1177 ss.; MENGOZZI, *I servizi nell'Organizzazione mondiale del commercio*, in SOCIETÀ ITALIANA DI DIRITTO INTERNAZIONALE, *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Napoli, 1998, p. 133 ss.; VENTURINI, *Recenti sviluppi in tema di liberalizzazione degli scambi di servizi*, in SOCIETÀ ITALIANA DI DIRITTO INTERNAZIONALE, *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Napoli, 1998, p. 133 ss.; DORDI, *Gli accordi sul commercio dei servizi*, in VENTURINI, *L'Organizzazione mondiale del commercio*, Milano, 2000, p. 61 ss.

¹³⁶ L'articolo XIII, «Marchés publics» del GATS così dispone: «1. Les articles II, XVI et XVII ne s'appliqueront pas aux lois, réglementations ou prescriptions régissant l'acquisition, par des organes gouvernementaux, de services achetés pour les besoins des pouvoirs publics et non pas pour être revendus dans le commerce ou pour servir à la fourniture de services destinés à la vente dans le commerce. 2. Des négociations multilatérales sur les marchés publics de services relevant du présent accord auront lieu dans un délai de deux ans à compter de la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC».

¹³⁷ Le negoziazioni sul GATS 2000 hanno chiuso una prima fase nel marzo 2001 con un accordo sulle linee guida delle procedure di negoziazione.

gli appalti pubblici di servizi¹³⁸. Per quanto riguarda specificamente la Comunità europea, ricordiamo che un eventuale accordo sugli appalti pubblici di servizi, prima delle modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam, non avrebbe potuto essere negoziato senza l'intervento degli Stati membri¹³⁹.

La Dichiarazione ministeriale di Singapore, del dicembre 1996, ha costituito il Gruppo di lavoro per la trasparenza negli appalti pubblici¹⁴⁰. Considerata la reale difficoltà per i paesi in via di sviluppo di aderire all'Accordo del 1994, specialmente in relazione all'applicazione della clausola della nazione più favorita e del trattamento nazionale¹⁴¹, il Gruppo di lavoro

È seguita una fase di discussione delle specifiche proposte che dovrebbe terminare nel marzo 2002. Durante la Conferenza ministeriale di Doha, nel novembre 2001, il termine per la conclusione delle negoziazioni è stato fissato al 1° gennaio 2005, v. WT/MIN(01)/DEC/1.

¹³⁸ Sullo stato e sulle problematiche aperte da questi negoziati, v. LOW, MATTOO, SUBRAMANIAN, *Government Procurement in Services*, in HOEKMAN, MAVROIDIS, *Law and Policy in Public Purchasing. The WTO Agreement on Government Procurement*, Ann Arbor (Michigan), 1997, p. 225 ss.; SNAPE, *Reaching Effective Agreements Covering Services*, in KRUEGER, *The WTO as an International Organization*, Chicago, 1998; SAUVÉ, *Developing Countries and the GATS 2000 Round*, in *Journal of World Trade*, 2000, p. 92 ss.; SAUVÉ, STERN, *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization*, Washington D.C., 2000.

¹³⁹ V. *infra* capitolo 2, in particolare par. 2.1.1.2., relativamente al parere 1/94 della Corte di Giustizia sulla conclusione dell'Accordo istitutivo dell'Organizzazione mondiale del commercio, e par. 2.1.2, relativamente alla procedura prevista per la conclusione degli accordi internazionali della Comunità.

¹⁴⁰ La Dichiarazione dei Ministri, Singapore 13 dicembre 1996 – Documento WT/MIN(96)/DEC/W – è così formulata: «Nous convenons en outre: d'établir un groupe de travail de passation chargé d'effectuer une étude sur la transparence des pratiques de passation des marchés publics, en tenant compte des politiques nationales, et, sur la base de cette étude, d'élaborer des éléments à inclure dans un accord approprié», punto 21.

¹⁴¹ V. REGE, *Transparency in Government Procurement. Issues on Concern and Interest to Developing Countries*, in *Journal of World Trade*, n. 4, p. 489 ss.

ha il compito di individuare come applicare il principio di trasparenza agli appalti pubblici di beni e servizi affinché sia generalmente accolto dal maggior numero di governi nazionali. Attraverso l'applicazione del principio di trasparenza¹⁴², da un parte gli operatori economici, nazionali e stranieri, dovrebbero essere garantiti in merito all'utilizzazione di criteri di aggiudicazione trasparenti ed oggettivi, dall'altra i governi nazionali dovrebbero ottenere una riduzione della loro spesa pubblica ed un maggior controllo sui fenomeni di corruzione¹⁴³. La quarta Conferenza internimisteriale dell'Organizzazione mondiale del commercio, recentemente svoltasi a Doha, in Qatar, ha stabilito che il prossimo anno saranno ufficialmente avviate le negoziazioni per la stipulazione dell'Accordo sulla trasparenza negli appalti pubblici¹⁴⁴, il cui risultato po-

¹⁴² Come evidenziato del Gruppo di lavoro «Transparency is often referred to as one of the three fundamental principles of the WTO, the others being most-favoured-nation and national treatment. The role of transparency is perhaps of greatest importance in situations where the extent to which rules of general application determine trading conditions is limited and the scope for discretionary decision-making is greatest», v. Briefing Notes di preparazione alla Conferenza di Doha, nel sito wto.org.

¹⁴³ V. ABBOTT, *Rule-Making in the WTO: Lesson from the case of Bribery and Corruption*, in *Journal of International Economic Law*, 2001, p. 275 ss. V. anche *infra* capitolo 3, par. 3.2.2.

¹⁴⁴ La dichiarazione ministeriale adottata il 14 novembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, così dispone: «Transparency in government procurement. Recognizing the case for a multilateral agreement on transparency in government procurement and the need for enhanced technical assistance and capacity building in this area, we agree that negotiations will take place after the Fifth Session of the Ministerial Conference on the basis of a decision to be taken, by explicit consensus, at that Session on modalities of negotiations. These negotiations will build on the progress made in the Working Group on Transparency in Government Procurement by that time and take into account participants' development priorities, especially those of least-developed country participants. Negotiations shall be limited to the transparency aspects and therefore will not restrict the scope for countries to give preferences to domestic supplies and suppliers. We commit ourselves to ensuring adequate

trà essere adottato durante la prossima Conferenza interministeriale¹⁴⁵.

1.3. *La disciplina degli appalti pubblici nella Comunità europea prima dell'Accordo del 1994.*

1.3.1. *I principi del Trattato CE e gli appalti pubblici.*

I principi informativi e gli indirizzi fondamentali della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici sono rinvenibili nel Trattato CE, pur in assenza di specifiche disposizioni in materia. Si tratta, infatti, di alcuni dei principi più direttamente e strettamente correlati all'obiettivo della progressiva integrazione economica dei singoli Stati membri mediante la creazione di un mercato comune, e in particolare di quelli relativi al diritto di stabilimento (art. 43, ex art. 52) e alla libera circolazione dei beni (art. 28, ex art. 30) e dei servizi (art. 49, ex art. 59) all'interno della Comunità.

Tali disposizioni, a loro volta, trovano comune fondamento nel più generale divieto, sancito dall'art. 12, (ex art. 7, poi art. 6) del Trattato CE, di ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità e nel corrispondente principio del trattamento nazionale, implicante il divieto di ogni disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa, nonché di ogni prassi amministrativa atta a restringere o ad ostacolare, all'interno di un singolo Stato membro, la circolazione dei prodotti, ovvero l'accesso e l'esercizio delle attività economiche di cittadini ed imprese di altri Stati membri. Questo non solo mediante

technical assistance and support for capacity building both during the negotiations and after their conclusion», punto 26.

¹⁴⁵ La quinta Conferenza ministeriale dell'Organizzazione mondiale del commercio è attualmente prevista per la fine del 2003. Il Messico ha ufficialmente offerto la propria disponibilità ad ospitare i lavori, v. WT/GC/55 del 28.11.2001.

l'adozione di misure espressamente differenziate, ma anche di quelle che, seppure indistintamente applicate, non garantiscono una sostanziale parità di trattamento.

La necessità di una concreta ed effettiva applicazione di tali principi ha successivamente trovato conferma e supporto nei Programmi Generali adottati dal Consiglio nei primi anni '60 al fine di promuovere il rispetto e l'attuazione degli obblighi derivanti dal Trattato in materia di libera circolazione dei servizi e di libertà di stabilimento¹⁴⁶. Tra le restrizioni da rimuovere venivano, infatti, esplicitamente menzionate le disposizioni e le pratiche che, nei confronti dei soli stranieri, escludevano, limitavano o subordinavano a condizioni la facoltà di presentare offerte o di partecipare, come contraente o subappaltatore, ai contratti dello Stato, degli enti locali e delle altre persone di giuridiche di diritto pubblico.

Né i principi sanciti dal Trattato, né le iniziative adottate dalle istituzioni comunitarie si dimostrarono tuttavia sufficientemente efficaci a garantire un adeguato grado di apertura e di integrazione dei mercati pubblici. Tale constatazione indusse quindi a ritenere opportuno un rafforzamento degli impegni derivanti dal Trattato mediante la fissazione di obblighi positivi di comportamento per le amministrazioni committenti e l'elaborazione di un insieme di regole esplicite in materia di coordinamento e di armonizzazione delle procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti pubblici¹⁴⁷.

¹⁴⁶ V. Programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi, in *G.U.C.E.* 15.1.1962, n. 62, p. 32 ss.; Programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento, in *G.U.C.E.* 15.1.1962, n. 62, p. 36 ss.; Direttiva della Commissione del 7 novembre 1966, relativa alla soppressione di qualsiasi disparità di trattamento tra prodotti nazionali e prodotti che, ai sensi degli articoli 9 e 10 del Trattato, devono essere ammessi in libera circolazione, disparità derivanti da disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative che vietano l'utilizzazione di tali prodotti o impongono l'utilizzazione di prodotti nazionali ovvero subordinano la concessione di un'agevolazione a tale utilizzazione, 66/683/CEE, in *G.U.C.E.* 30.11.1966, n. 66, p. 3748 ss.

¹⁴⁷ Numerose opere sono state dedicate dallo studio della disciplina co-

1.3.2. *Il ravvicinamento delle legislazioni nazionali ai fini dell'instaurazione e del funzionamento del mercato interno.*

Trattandosi di introdurre nuovi obblighi finalizzati all'instaurazione ed al funzionamento del mercato interno, la competenza della Comunità in materia di appalti pubblici si fonda sugli articoli 94 (ex art. 100) e 95 (ex art. 100A) del Trattato CE. Nell'ordinamento comunitario, l'istituto del ravvicinamento delle legislazioni è un mezzo imprescindibile per la piena realizzazione delle libertà fondamentali previste dal

munitaria degli appalti pubblici. Cfr. FLAMME, MATHEI, FLAMME, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, V ed., Brussels, 1986; TURPIN, *Government Procurement and Contracts*, London, 1989; AA.VV., *Les marchés publics européens (droit communautaire, droit comparé)*, Paris, 1989; FEDERATION INTERNATIONALE POUR LE DROIT EUROPEEN (FIDE), *L'application dans les Etats membres des directives sur les marchés publics*, Madrid, 1990; AA.VV., *Gli appalti di lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano*, Milano, 1990; LAURIA, *Appalti pubblici e Mercato unico europeo*, Torino, 1991; TABARRINI, *La gestione degli appalti degli enti pubblici. Guida pratica con formulario*, III ed., Rimini, 1992; LEE, *Public Procurement, Current EC Legal Developments*, London, 1992; BRABANT, *Les marchés publics et privé dans la C.E.E. et outre-mer*, Brussels, 1992; BRECHON-MOULENES, voce «Marchés publics», in *Dictionnaire Permanent de Droit Européen des Affaires, Juris Classeur*, marzo 1992; GEDDES, *Public Procurement. A Practical Guide to the U.K. Regulations and Associated Community Rules*, London, 1993; WEISS, *Public Procurement in European Community Law*, London, 1993; COX, *The Single Market Rules and the Enforcement Regime after 1992*, South Humberstone, 1993; FORTI, *Gli appalti pubblici in Europa: guida pratica e normativa comunitaria e nazionale*, Milano, 1994; FERNÁNDEZ MARTÍN, *The EC Public Procurement Rules. A Critical Analysis*, Oxford, 1996; CHITI, GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997; LAURIA, *I pubblici appalti: disciplina comunitaria e giurisprudenza italiana*, Milano, 1998; ARROWSMITH, DAVIES, *Public Procurement: Global Revolution*, London, 1998; REICH, *International Public Procurement Law: The Evolution of International Regimes on Public Purchasing*, London, 1999; DINGEL, *Public Procurement. A Harmonization of the National Judicial Review of the Application of European Community Law*, London, 1999; SCIAUDONE, *Diritto comunitario degli appalti pubblici*, Padova, 1999; BARONE, *Gli appalti pubblici*, in TIZZANO, *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Tomo I, Torino, 2000, p. 567 ss.

Trattato CE. Con il progredire dell'integrazione comunitaria, la creazione di uno spazio giuridico omogeneo, presupposto per l'instaurazione piena di un mercato interno in cui le attività economiche siano suscettibili di circolare liberamente, ha richiesto il superamento della semplice integrazione 'negativa' a vantaggio di un'integrazione 'positiva' capace di rendere effettivo il principio fondamentale della parità di trattamento¹⁴⁸, di cui all'articolo 12 del Trattato CE. In questo contesto si situano le direttive di coordinamento in materia di appalti pubblici. Mentre l'articolo 100 (divenuto art. 94) del Trattato CE, richiede l'unanimità del Consiglio e permette l'utilizzazione esclusiva delle direttive per la deliberazione di una misura di armonizzazione, l'articolo 100A (divenuto art. 95) del Trattato CE, introdotto dall'Atto unico europeo¹⁴⁹, prevede che il Consiglio deliberi a maggioranza qualificata, secondo la procedura di codecisione, e non pone alcuna limitazione circa la fonte normativa utilizzabile¹⁵⁰.

Il primo atto normativo comunitario specificatamente dettato in tema di appalti pubblici è la direttiva della Commissione 70/32/CEE del 17 dicembre 1970¹⁵¹, che, adottata in forza dei poteri previsti dall'articolo 33, par. 7 (oggi abrogato) del Trattato CE, riguarda le forniture di beni allo Stato, agli enti territoriali ed alle altre persone giuridiche di diritto pub-

¹⁴⁸ Cfr. TESAURO, *Diritto comunitario*, II ed, Padova, 2001, p. 325 ss.

¹⁴⁹ L'Atto unico europeo, entrato in vigore il 1° luglio 1987, ha modificato il Trattato CE, prevedendo, entro il 31.12.1992, la realizzazione del mercato interno, cioè di uno spazio senza frontiere interne nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali. Sul tema, fra molti, BOSCO, *Commento all'Atto unico europeo*, Milano, 1987; GIARDINA, *Il mercato interno alla luce dell'Atto unico*, in *Rivista di diritto europeo*, 1991, p. 203 ss.

¹⁵⁰ Sul ravvicinamento delle legislazioni di cui all'art. 100A (divenuto art. 95) del Trattato CE v. FERRARI BRAVO, RIZZO, *Codice dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2000, p. 456 ss.; CONDINANZI, in POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 498 ss.

¹⁵¹ In G.U.C.E. 19.1.1970, n. L 13, p. 1 ss.

blico. La direttiva rappresenta un esempio del primo approccio della Commissione alla liberalizzazione. Lo spirito di questa direttiva era di obbligare al rispetto del principio del trattamento nazionale a favore di tutti i fornitori comunitari di prodotti (compresi i prodotti necessari per la realizzazione di lavori pubblici), relativamente ai beni ammessi alla libera circolazione in ambito comunitario in forza degli articoli 23 (ex art. 9) e 24 (ex art. 10) del Trattato CE. Per ottenere questo risultato la direttiva elenca le pratiche che gli Stati membri sono obbligati ad eliminare, quindi definisce quali misure aventi un effetto equivalente alle restrizioni quantitative debbano essere ritenute contrarie all'art. 30 nel settore delle pubbliche forniture¹⁵². Come precisato nell'undicesimo considerando, la direttiva non preclude la concessione di aiuti alle industrie nazionali in quanto compatibili con le previsioni dell'articolo 87 (ex art. 92) e seguenti del Trattato CE.

Il limite all'operatività della direttiva 70/32/CEE è stato il suo contenuto troppo generico, che si è cristallizzato in un mero invito agli Stati membri ad adottare tutti i provvedimenti necessari per eliminare le situazioni identificate, senza affatto precisare i modi ed i tempi dell'adattamento, o ridurre l'ambito di discrezionalità amministrativa delle autorità nazionali nella gestione delle procedure di aggiudicazione, nonché prevedere sanzioni per eventuali inadempienze¹⁵³.

¹⁵² Nella direttiva 70/32/CEE sono, infatti, state elencate alcune misure discriminatorie (disposizioni legislative, regolamentari e amministrative o prassi) che permettono il soddisfacimento dei bisogni dello Stato, degli enti territoriali e delle altre persone giuridiche di diritto pubblico, facendo ricorso ai soli prodotti nazionali (escludendo quindi la fornitura di prodotti stranieri), o che riservino vantaggi o preferenze ai prodotti nazionali, o rendano la fornitura di prodotti importati più difficile e onerosa di quella dei prodotti nazionali, con un mezzo diverso da una tassa (art. 3). La Commissione, inoltre, deve essere informata sulle disposizioni adottate dagli Stati membri per eliminare ogni simile pratica discriminatoria (art. 6).

¹⁵³ Sui limiti della direttiva 70/32/CEE, v. MATTERA RICILIANO, *La libéralisation des marchés publics et semi-publics dans la Communauté*, in *Revue*

Per attribuire maggiore effettività alle previsioni di questa direttiva la Comunità avrebbe potuto percorrere due strade: da una parte, ricercare un effettivo avvicinamento delle leggi e delle pratiche nazionali, e quindi operare un profondo cambiamento dei sistemi amministrativi nazionali (peraltro possibile solo attraverso una lenta evoluzione), dall'altra, come è avvenuto, creare una serie di regole procedurali comuni che si sovrappongano, almeno in parte, alle esistenti regole nazionali.

La Commissione ha allora deciso di distinguere, secondo il modello giuridico tedesco¹⁵⁴, tra appalti pubblici di forniture ed appalti pubblici di lavori. La disciplina dei contratti di lavori pubblici è stata la prima ad essere emanata, perché è sembrata esserci meno resistenza all'apertura dei mercati nazionali in questo settore¹⁵⁵.

1.3.3. *La prima generazione di direttive lavori e forniture.*

Il 26 luglio 1971 sono state emanate le due direttive che regolano gli appalti pubblici di lavori, la direttiva 71/304/CEE e la direttiva 71/305/CEE¹⁵⁶. La prima ha per oggetto la soppressione, a favore delle persone fisiche e delle società che agiscono quali prestatori di servizi, delle restrizioni concernenti l'accesso, l'aggiudicazione, l'esecuzione o la partecipazione all'esecuzione degli appalti di lavori per conto dello Sta-

du Marché Commun, 1973, p. 204 ss., e FLAMME, MATHEI, FLAMME, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, V ed., Brussels, 1986, p. 37 ss.

¹⁵⁴ Interessante a questo proposito uno studio di tipo comparatistico basato sulle legislazioni nazionali precedenti le direttive comunitarie di liberalizzazione, HAINAUT, JOLIET, *Les contrats de travaux et de fournitures de l'administration dans le marché commun*, vol. II, Brussels, 1963.

¹⁵⁵ In questo senso, v. WEISS, *Public Procurement in European Community Law*, London, 1993, p. 33 ss.

¹⁵⁶ Entrambe in G.U.C.E. 16.8.1971, n. L 185, rispettivamente p. 1 ss. e 5 ss.

to, degli enti pubblici territoriali e delle persone giuridiche di diritto pubblico¹⁵⁷. In particolare la direttiva impone due precisi obblighi agli Stati membri. L'obbligo negativo di eliminare le restrizioni alla libera prestazione dei servizi e quello positivo di uguaglianza di trattamento per i beneficiari della direttiva¹⁵⁸.

La direttiva 71/305/CEE, invece, coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici. L'ambito di applicazione soggettivo di questa direttiva riguarda lo Stato, gli enti pubblici territoriali e le persone giuridiche di diritto pubblico, enumerate nell'allegato I. L'ambito di applicazione oggettivo riguarda, invece, i contratti a titolo oneroso conclusi per iscritto tra un imprenditore, persona fisica o giuridica, relativi ad attività di edilizia e genio civile.

A completamento di questa direttiva, è stata emanata la direttiva 72/277/CEE¹⁵⁹, relativa alle modalità ed alle condizioni di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee dei bandi di gara per appalti e concessioni di lavori pubblici¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Art. 1 della direttiva 71/304/CEE.

¹⁵⁸ Art. 3 della direttiva 71/304/CEE.

¹⁵⁹ In *G.U.C.E.* 3.8.1972, n. L 176, p. 12 ss. Questa direttiva è stata abrogata dalla direttiva 89/440/CEE. V. *infra* in questo capitolo.

¹⁶⁰ L'attività della Commissione al fine di migliorare il sistema di pubblicità degli appalti pubblici è stata notevolmente intensificata negli anni successivi. In particolare, per accelerare la trasmissione delle informazioni più essenziali, la Commissione ha disposto la consultazione gratuita della base dati TED, che informa i fornitori potenziali in merito ai numerosi bandi di gara lanciati dagli enti aggiudicanti. Inoltre, attraverso il sito SIMAP (<http://simap.eu.int>) è possibile avvalersi di uno strumento di ricerca che consente di individuare i bandi di gara potenzialmente interessanti nella base TED. La Commissione, in stretta collaborazione con gli Stati membri, ha lanciato il progetto SIMAP (sistema di informazione sugli appalti pubblici), per ottimizzare l'impiego delle nuove tecnologie dell'informazione nel settore degli appalti pubblici. Inoltre, la Commissione ha messo a punto un lessico specifico, il CPV (*Common Procurement Vocabulary*), che, contrariamente alle nomenclature già esistenti, risponde alle esigenze specifiche dei pubblici ap-

Successivamente la direttiva 77/62/CEE ha disciplinato le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture. L'ambito di applicazione soggettivo di questa direttiva, molto simile a quello della direttiva 71/305/CEE, riguarda lo Stato, gli enti pubblici territoriali e le persone giuridiche di diritto pubblico, oppure, negli Stati membri che non conoscono tale concetto, gli enti equivalenti enumerati nell'allegato I. L'ambito di applicazione oggettivo riguarda, invece, i contratti a titolo oneroso conclusi per iscritto tra un fornitore, persona fisica o giuridica, relativi alla fornitura di prodotti, compresi i lavori di posa e d'installazione.

Negli anni '70 la disciplina comunitaria si è quindi fondata sulle due direttive lavori, direttiva 70/305/CEE, e forniture, direttiva 77/62/CEE, entrambe ispirate dalle stesse esigenze. Le due direttive, pur avendo un diverso ambito di applicazione, contengono disposizioni sostanzialmente simili, riguardanti in particolare l'adeguata pubblicità dei bandi di gara, il divieto di prescrizioni tecniche discriminatorie, l'armonizzazione dei sistemi di aggiudicazione e l'applicazione di criteri oggettivi ed uniformi, sia nella selezione qualitativa delle imprese che nell'aggiudicazione di contratti. Nel 1978 la direttiva 71/305/CEE è stata parzialmente modificata dalla direttiva 78/669/CEE¹⁶¹, per consentire che le soglie di valore monetario, oltre le quali è applicabile la disciplina comunitaria, fossero calcolate sulla nuova unità di conto europea (ECU).

È interessante notare che la direttiva 77/62/CEE è stata modificata dalla direttiva 80/767/CEE¹⁶², al fine di adattarla al

palti ed è disponibile in tutte le lingue ufficiali della Comunità. L'ultimo aggiornamento del CPV, il 5 agosto 2001, è disponibile sul sito internet della Commissione http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/publproc/voc/cpv.htm.

¹⁶¹ In *G.U.C.E.* 16.8.1978, n. L 225, p. 41 ss.

¹⁶² In *G.U.C.E.* 18.8.1980, n. L 215, p. 1 ss. Questa direttiva segue la decisione del Consiglio, 10 dicembre 1979, relativa alla conclusione degli accordi multilaterali derivanti dai negoziati commerciali degli anni 1973/1979, 80/271/CEE, in *G.U.C.E.* 17.3.1980, n. L 71, p. 1 ss.

Codice del 1979 concluso in ambito GATT. In questo caso, analogamente a quanto è successivamente avvenuto per l'adattamento all'Accordo sugli appalti pubblici del 1994¹⁶³, le istituzioni comunitarie hanno modificato la disciplina attraverso una nuova direttiva. Oltre alle modificazioni introdotte specificatamente nelle procedure di aggiudicazione, due problemi devono essere rilevati. In primo luogo, la direttiva 80/767/CEE riconosce che le disposizioni del Codice del 1979 si applicano anche nelle relazioni tra gli Stati membri¹⁶⁴. In secondo luogo, viene sottolineato che le possibilità di partecipazione agli appalti pubblici all'interno della Comunità data alle imprese ed ai prodotti degli Stati membri in virtù delle disposizioni del Trattato CE devono essere almeno favorevoli quanto le condizioni di partecipazione agli appalti pubblici della Comunità previste dal regime del Codice nei confronti delle imprese e dei prodotti dei paesi terzi che hanno firmato l'accordo¹⁶⁵. Per preservare l'equilibrio negoziale, una espressa dichiarazione del Consiglio e della Commissione¹⁶⁶, relativa alla disposizione dell'articolo V, paragrafo 14, lettera h, del Codice del 1979¹⁶⁷, concernente eventuali condizioni di acquisti compensativi inserite nei contratti d'appalto, precisa che le entità acquirenti degli Stati membri della Comunità possono riservare i loro acquisti a fabbricazioni comunitarie, mediante l'inserimento di una clausola appropriata nel contratto concluso con il fornitore del paese terzo interessato.

¹⁶³ V. *infra* capitolo 2, par. 2.2.1.

¹⁶⁴ V. secondo considerando della direttiva 80/767/CEE.

¹⁶⁵ V. sesto considerando della direttiva 80/767/CEE.

¹⁶⁶ La dichiarazione è priva di data, ma è stata pubblicata sulla *G.U.C.E.* del 19.8.1980, n. C 211, p. 3.

¹⁶⁷ L'art. V, par. 14, lettera h, del Codice del 1979, dispone, «le entità non devono normalmente subordinare le aggiudicazioni alla condizione che il fornitore offra possibilità di acquisti compensativi o ad analoghe condizioni. Nel limitato numero di casi in cui tali obblighi siano oggetto di un contratto, le parti interessate limitano la compensazione ad una ragionevole percentuale del valore del contratto e non favoriranno i fornitori cittadini di una parte rispetto ai fornitori cittadini di qualsiasi altra parte».

1.3.4. La seconda generazione di direttive. L'apertura alla concorrenza dei c.d. settori esclusi.

L'essenzialità delle prescrizioni, l'assenza di un *corpus* uniforme ed esaustivo di regole comunitarie, l'ampiezza delle eccezioni previste e la rilevanza dei settori espressamente esclusi dall'ambito di applicazione delle direttive (acqua, energia, trasporti e, nel caso degli appalti di forniture, telecomunicazioni), ponevano limiti consistenti alla concreta efficacia delle direttive. In particolare lasciavano agli Stati membri ampi margini di discrezionalità in ordine al mantenimento o all'adozione di propri sistemi, procedure e criteri di aggiudicazione, chiaramente in quanto compatibili con i principi fondamentali del Trattato in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi.

Considerato il limitato impatto sul mercato delle prime direttive¹⁶⁸ la Commissione, nel Libro Bianco del 1985¹⁶⁹, ha voluto dare nuovo impulso alla realizzazione di un'effettiva apertura del mercato degli appalti pubblici. Accanto ai rilievi formulati in merito ai ritardi e alle inadempienze nella traspo-

¹⁶⁸ I dati relativi alla direttiva lavori, contenuti in un rapporto presentato alla Commissione nel 1975, chiariscono che «The publication of offers in the Official Journal has only produced a negligible response. One public authority published 30 offers inside 6 months without receiving a single reply from a foreign bidder. Another, with a project close to the frontier, received 45 replies, but only 3 were from foreign firms and those were in neighbouring countries», COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE (report to the), *Public Purchasing in the Common Market*, a cura di CHARPENTIER, CLARKE, maggio 1975, p. 10-11.

¹⁶⁹ Commissione delle Comunità Europee, COM (85) 310 def., del 14 giugno 1985, Il completamento del mercato interno. Libro Bianco della Commissione per il Consiglio europeo. In particolare la Commissione lamenta: «Dalle statistiche risulta peraltro che l'applicazione effettiva delle direttive è minima: meno di 1 ECU di spesa pubblica, su 4, nei settori ai quali si applicano le direttive di coordinamento, è oggetto di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale e quindi, perlomeno teoricamente, oggetto di una gara aperta all'intera Comunità», punto 83.

sizione delle direttive in molti ordinamenti nazionali¹⁷⁰, nonché alla loro diffusa disapplicazione, il rapporto evidenziava altri fattori determinanti la constatata marginalità dell'impatto complessivamente esercitato dalla normativa comunitaria. Tra questi venivano, in particolare, segnalati la frequente elusione degli obblighi di pubblicità, sia mediante l'eccessiva frammentazione, sia mediante la sottostima dei valori effettivi delle commesse pubbliche, in modo da evitare il superamento delle soglie minime previste per l'applicazione delle disposizioni comunitarie¹⁷¹; l'eccessivo ricorso a procedure di aggiudicazione non concorrenziali, ammesse dalle direttive comunitarie, ma utilizzate al di fuori delle circostanze specificamente individuate; l'uso sostanzialmente protezionistico degli standard tecnici nazionali, privilegiati anche in rapporto a quelli corrispondenti di origine comunitaria, nonché l'arbitrarietà e l'applicazione discriminatoria dei criteri di selezione delle imprese e di aggiudicazione degli appalti.

Nello stesso rapporto, la Commissione ha, inoltre, individuato le principali azioni tese al rafforzamento delle iniziative

¹⁷⁰ Emblematico, a questo proposito il caso dell'Italia, relativamente alla direttiva 71/305/CEE che imponeva l'adeguamento da parte degli Stati membri entro il 29 luglio 1972. Non avendo l'Italia osservato il termine, la Commissione, ex art. 169 del Trattato, dopo aver denunciato l'inadempimento, è ricorsa alla Corte di Giustizia. La difesa italiana ha cercato di argomentare l'attuazione della direttiva da parte della legge n. 14 del 1973, «Norme sui procedimenti di gara negli appalti di opere pubbliche mediante licitazione privata», che prevedeva l'adozione del metodo della «scheda segreta» chiaramente in contrasto con l'art. 29, par. 3, della direttiva. Solo in seguito alla sentenza della Corte di Giustizia del 22 settembre 1976, C'10/76 (in *Raccolta* 1976, p. 1359 ss.), che dichiarava l'Italia inadempiente, veniva emanata la legge 8 agosto 1977, n. 584, «Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità Economica Europea». Sulla vicenda, v. BARDUSCO, *Regioni, direttive comunitarie e legislazione statale sui pubblici appalti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1979, I, p. 1158 ss.; CAMPOLO, *Appalti di lavori pubblici e normativa comunitaria*, in *Rassegna dei lavori pubblici*, 1989, p. 57/1 ss.

¹⁷¹ In quel momento, le soglie erano di 1.000.000 e di 200.000 ECU, rispettivamente per gli appalti pubblici di lavori e di forniture.

comunitarie nel settore degli appalti pubblici, quali l'imposizione alle amministrazioni aggiudicatrici di un comportamento più trasparente, la creazione di forme di ricorso a favore delle imprese discriminate, e l'estensione della disciplina comunitaria ai settori esclusi ed ai servizi¹⁷².

Un nuovo e consistente impulso delle iniziative comunitarie è anche attribuibile al c.d. Rapporto Cecchini sul costo della non-Europa, frutto di un progetto di ricerca finanziato dalla Commissione ed ultimato nel 1988¹⁷³. Secondo i dati del rapporto, nel 1986, il valore complessivo della domanda pubblica, a livello comunitario, per beni e servizi teoricamente soggetti alla concorrenza, ammontava a circa 340 miliardi di ECU, equivalenti a circa il 10% del prodotto interno lordo della Comunità. Tuttavia solo una modesta quota di tali commesse (pari a circa lo 0,14% del prodotto interno lordo della Comunità) risultava aggiudicata ad imprese di Stati membri diversi da quello di appartenenza dell'ente appaltante, con conseguenze peraltro decisamente rilevanti in termini di maggiori costi a carico del contribuente europeo. Maggiori costi che il rapporto ha stimato complessivamente pari a circa 22 miliardi di ECU.

Anche a prescindere da più generali considerazioni di principio, la stessa rilevanza economica dei mercati pubblici appariva tale da suscitare legittime preoccupazioni circa i rischi di un sostanziale ridimensionamento del significato e

¹⁷² V. anche COM (86) 375 def., del 19 giugno 1986, *I contratti pubblici nella Comunità*, Comunicazione della Commissione al Consiglio. In dottrina, v. BRECHON MOULENES, *L'echec des directives Travaux et Fournitures de 1971 et 1976*, in *Revue française de droit administratif*, 1988, p. 753 ss. e MARGUE, *L'ouverture des marchés publics dans la Communauté*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1991, n. 2, p. 143 ss.; n. 3, p. 177 ss.; n. 4, p. 111 ss.

¹⁷³ Si tratta della ricerca su «I Costi della Non-Europa», il cui quinto volume (parti A e B), commissionato a WS Atkins Management Consultants in association with Euroquip SA-Roland Berger & Partner-Euroquip Italia, è dedicato a «The "Cost of Non Europe" in Public Sector Procurement». Il documento è anche conosciuto come *Rapporto Atkins*.

dell'effettiva portata degli impegni e degli obiettivi di integrazione espressi nell'Atto Unico Europeo¹⁷⁴, e poneva in certo qual modo le premesse per una più incisiva azione delle istituzioni comunitarie in questo settore, tradottasi nell'adozione di una nuova serie di direttive, volte ad integrare e ad estendere la preesistente normativa comunitaria in conformità ai criteri e alle indicazioni formulate nel Libro bianco sul completamento del mercato interno. In quegli anni, infatti, sono state adottate la direttiva 88/295/CEE, che modifica la disciplina degli appalti pubblici di forniture¹⁷⁵, e la direttiva 89/440/CEE, che modifica la disciplina degli appalti di lavori pubblici¹⁷⁶, nonché la direttiva 89/665/CEE sulle procedure di ricorso¹⁷⁷.

Le due nuove direttive forniture e lavori hanno portato molteplici cambiamenti alla precedente disciplina. In primo luogo è stata limitata la possibilità di ricorrere a procedure non pienamente concorrenziali, sono stati rafforzati gli

¹⁷⁴ L'Atto unico europeo, entrato in vigore il 1° luglio 1987, ha modificato il Trattato CE, prevedendo, entro il 31.12.1992, la realizzazione del mercato interno, cioè di uno spazio senza frontiere interne nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali

¹⁷⁵ In G.U.C.E. 20.5.1988, n. L 127, p. 1 ss. Questa direttiva introduce anche le modificazioni derivanti dall'Protocollo del 1987 che ha modificato il Codice del 1979 sugli appalti pubblici. Questo elemento, però non è per nulla evidenziato nella direttiva, tranne che nel sesto considerando che, un po' laconicamente, dichiara «che è necessario modificare le suddette direttive [la 77/62/CEE e la 80/767/CEE] onde includervi le modifiche dell'accordo GATT sugli appalti pubblici concordate nel dicembre 1986». La decisione 16.11.1987, relativa alla conclusione del protocollo che modifica l'accordo del GATT sugli appalti pubblici, 87/565/CEE, in G.U.C.E. 9.12.1987, n. L 345, p. 24 ss., aveva però adattato il Protocollo, introducendo i risultati dei negoziati nell'ordinamento comunitario.

¹⁷⁶ In G.U.C.E. 21.7.1989, n. L 210, p. 1 ss. La direttiva 71/305/CEE è stata emendata anche dalla direttiva 93/4/CEE dell'8 febbraio 1993 (in G.U.C.E. 16.2.1993, n. L 38, p. 31 ss.), che ne ha modificato l'art. 30 ter, prevedendo una procedura più semplice per la modifica dell'allegato sugli organismi di diritto pubblico obbligati all'applicazione della normativa.

¹⁷⁷ In G.U.C.E. 30.12.1989, n. L 395, p. 33 ss. V. *infra* in questo capitolo, par. 1.3.5.

obblighi relativi alle prescrizioni tecniche, sono state razionalizzate le procedure di pubblicazione ed allungati i termini relativi alla presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte. In secondo luogo sono stati ampliati i limiti soggettivi ed oggettivi dell'ambito di applicazione della disciplina. In particolare è stato ampliato l'ambito di applicazione soggettiva attraverso l'introduzione della nozione di organismo di diritto pubblico¹⁷⁸. Invece, alle concessioni di lavori pubbli-

¹⁷⁸ Le pertinenti disposizioni delle direttive, precisano che per «organismo di diritto pubblico» si intende qualsiasi organismo: istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, e dotato di personalità giuridica, e la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta a un controllo da parte di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico. La nozione è stata interpretata dalla Corte di Giustizia. Sentenza 15 gennaio 1998, causa C 44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e a. contro Strohal Rotationsdruck GesmbH*, in *Raccolta*, 1998, p. I-73 ss., annotata da GRECO, *Organismo di diritto pubblico: atto primo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1998, p.733 ss; GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici italiani a confronto*, in *Foro italiano*, 1998, IV, p. 133 ss.; BOVIS, in *Common Market Law Review*, 1999, p. 205 ss; FERNÁNDEZ MARTÍN, in *Public Procurement Law Review*, 1998, p. CS59 ss. Sentenza 10 novembre 1998, causa C 360/96, *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden e BFI Holding BV.*, in *Raccolta*, 1998, p. I-6821 ss. annotata da GRECO, *Organismo di diritto pubblico, atto secondo: le attese deluse*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, p. 184 ss.; SCOTTI, *I nuovi confini dell'«organismo di diritto pubblico» alla luce delle più recenti pronunce della Corte di Giustizia*, in *Foro italiano*, 1999, IV, p. 140 ss.; WILLIAMS, *The Scope of the E.C. Public Procurement Directive: an Analysis of the Arnhem Decision*, in *Public Procurement Law Review*, 1999, p. 43 ss. Sentenza 17 dicembre 1998, causa C 353/96, *Commissione contro Irlanda*, in *Raccolta*, 1998, p. I-8565 ss. annotata da FERNÁNDEZ MARTÍN, in *Public Procurement Law Review*, 1999, p. CS47 ss. Sentenza 3 ottobre 2000, causa C 380/98, *The Queen e H. M. Treasury, ex parte: The University of Cambridge*, non ancora pubblicata. Sentenza 1 febbraio 2001, causa C 237/99, *Commissione contro Repubblica francese*, non ancora pubblicata, annotata da CAM-

ci¹⁷⁹, nonché agli appalti di lavori conclusi con terzi da concessionari di lavori pubblici non compresi tra le amministrazioni aggiudicatrici, sono applicabili le sole disposizioni in materia di pubblicità.

Gli approvvigionamenti pubblici nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni, sono ancora esclusi dall'ambito di applicazione di queste direttive. L'esclusione era, in prima battuta, giustificata dalla variegata qualificazione giuridica negli ordinamenti nazionali degli enti che operano nei c.d. settori esclusi. Mentre in alcuni casi sono disciplinati dal diritto pubblico, in altri sono regolati dal diritto privato e, in questo caso, sarebbero stati ancora esclusi dall'applicazione di tali norme. Altre circostanze hanno poi contribuito ad escludere tali settori dall'ambito di applicazione delle direttive lavori e forniture. Da un lato la loro qualificazione come enti erogatori di servizi di pubblica utilità li assoggetta ad una forte influenza di tipo politico e, quindi, li sottrae all'applicazione delle regole sulla concorrenza sia di origine comunitaria che nazionale. D'altro lato la loro stessa natura facilita la nascita di situazioni di monopolio in forza di previsioni legali, ma anche in forza dell'adozione di elevati o differenziati standard tecnici, che portano ai c.d. monopoli naturali.

PAILLA, *Ancora sulla nozione di organismo di diritto pubblico per gli appalti di lavori pubblici*, in *Diritto pubblico comparato e comunitario*, 2001, p. 934 ss. Sentenza 10 maggio 2001, causa C 223/99, *Agorà Srl e Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*, non ancora pubblicata.

¹⁷⁹ La concessione di lavori pubblici, secondo la definizione contenuta nell'art. 1, lettera d, della direttiva 93/37/CEE (identico al precedente art. 1, lett. d, della direttiva 71/305/CEE, così come modificato dalla direttiva 89/440/CEE) è riferibile ai contratti, aventi le medesime caratteristiche di un appalto di lavori, ma in cui la controprestazione di lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera oppure in questo diritto accompagnato da un prezzo. Sono, quindi, escluse da questa nozione le concessioni di sola esecuzione, non accompagnate cioè dalla gestione, qualificate come semplici appalti di lavori e come tali regolate dalla direttiva lavori.

In merito ai c.d. settori esclusi, le proposte del Libro bianco erano due: seguire il metodo dell'armonizzazione delle legislazioni nazionali tramite direttiva e richiamarsi ai principi della concorrenza, secondo gli articoli 81 (ex art. 85), 82 (ex art. 86) e 86 (ex art. 90) del Trattato CE, oppure adottare un approccio più pragmatico¹⁸⁰. Quest'ultima impostazione è evidentemente prevalsa nella direttiva 90/531/CEE¹⁸¹. La scelta pragmatica, infatti, prescinde dal problema della proprietà legale dell'ente che eroga acqua o energia, fornisce un servizio di trasporto oppure opera nel settore delle telecomunicazioni, e attribuisce rilievo al tipo di fornitura o al tipo di lavoro commissionato da questi enti per determinare l'ambito di applicazione della disciplina.

L'ultimo settore disciplinato dalla seconda generazione di direttive, è quello degli appalti pubblici di servizi. La direttiva 92/50/CEE¹⁸², ispirata anch'essa ai principi di trasparenza e di

¹⁸⁰ V. COM (85) 310 def., del 14 giugno 1985, Il completamento del mercato interno. Libro Bianco della Commissione per il Consiglio europeo, punto 86.

¹⁸¹ In G.U.C.E. 29.10.1990, n. L 297, p. 1 ss. Cfr. CAPELLI, *Note critique à la méthode suivie par la Commission de la CE pour étendre la réglementation communautaire des marchés publics aux secteurs jusque-là exclus*, in SCHWARZE, *Legislation for Europe 1992*, Baden-Baden, 1989, p. 31 ss.; FLAMME, FLAMME, *La panoplie des directives «marchés public» se complète: les secteurs hier exclus (eau, énergie, transports et télécommunications) ne le seront plus demain (analyse de la directive 90/531 du 17 septembre 1990)*, in *Revue du Marché Commun*, 1990, p. 346 ss.; FAISANDIER, *Directives relatives aux marchés publics. Proposition relative aux secteurs exclus: champ d'application*, in *Actes du colloque international, Quel droit en Europe? Quel droit pour l'Europe*, Paris, 1990, p. 121 ss.; RAOUX, *La question du contrôle dans les secteurs exclus, ibidem*, p. 130 ss.; BERLIN, *La directive C.E.E. «secteurs exclus»*, in *L'actualité juridique*, 1991, p. 13 ss.; O'LOAN, *An Analysis of the Utilities Directive of the European Communities*, in *Public Procurement Law Review*, 1992, p. 175 ss.; BROWN, *The Extension of the Community Public Procurement Rules to Utilities*, in *Common Market Law Review*, 1993, n. 4, p. 721 ss.

¹⁸² In G.U.C.E. 24.7.1992, n. L 209, p. 1 ss. Cfr. FLAMME, FLAMME, *Les marchés publics de services et la coordination de leurs procédures de passation*

libera concorrenza, definisce gli appalti pubblici di servizi attraverso una qualificazione di tipo residuale, ricomprendendo in questa categoria quei contratti che non siano già stati disciplinati dalle altre direttive in materia¹⁸³. In particolare la direttiva distingue tra «servizi prioritari», individuati in base a fattori quali l'incidenza sul totale dei contratti pubblici o il grado di apertura effettiva o potenziale della concorrenza intracomunitaria ed elencati nell'allegato I A¹⁸⁴, e «servizi residuali», di cui all'allegato I B¹⁸⁵. Per i servizi prioritari la direttiva prevede l'applicazione di disposizioni in materia di procedure di aggiudicazione sostanzialmente simili a quelle concernenti gli appalti di lavori. Mentre sono autonomamente disciplinati i concorsi di progettazione, lo *status* giuridico dei prestatori di servizi e la riserva a determinate professioni di alcune attività, nonché la registrazione e la garanzia di qualità del servizio prestato. I servizi non prioritari sono invece soggetti solamente ad alcune regole fondamentali in materia di trasparenza,

(*Directive 92/50 CEE du 18 juin 1992*), in *Revue du Marché Commun*, 1993, p. 150 ss.; GUIOLPHE, *Les règles communautaires dans les marchés publics de services: réalité ou utopie?*, in *Chaiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, 1993, n. 2, p. 257 ss.; TREPTE, *Extension of the E.C. Procurement Regime to Public Services Contracts: an Overview of the Services Directive*, in *Public Procurement Law Review*, 1993, n. 1, p. 1 ss.

¹⁸³ Sono comunque esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva alcuni tipi di servizi che presentano peculiari caratteristiche. Tra questi ricordiamo i programmi televisivi ed alcuni servizi finanziari che presentano stretti legami con gli strumenti di politica monetaria.

¹⁸⁴ Sono considerati servizi prioritari, tra gli altri, i servizi di natura intellettuale di vario genere (inclusi i servizi professionali in settori quali la progettazione e l'architettura), i servizi di telecomunicazioni che siano in linea di massima aperti alla concorrenza, i servizi assicurativi ed alcuni servizi bancari, i servizi informatici, i servizi di R&S, i servizi di trasporto ad eccezione di quelli ferroviari e per via d'acqua, le attività di stampa e di editoria, nonché i servizi di pulizia, manutenzione, riparazione e simili.

¹⁸⁵ Sono considerati servizi residuali, a titolo di esempio, i servizi alberghieri e di ristorazione, quelli di trasporto per ferrovia e per via d'acqua, i servizi giuridici e quelli di collocamento e reperimento del personale, i servizi relativi all'istruzione e quelli sanitari, sociali, ricreativi, culturali e sportivi.

relative in particolare alle norme tecniche ed a quelle sulla pubblicità.

1.3.5. Le direttive dei primi anni '90.

Viste le modifiche e le integrazioni subite negli anni dalla normativa, la Commissione ha ritenuto opportuno procedere ad una riscrittura delle direttive per renderle più chiare ed omogenee¹⁸⁶. Il 14 giugno 1993, il Consiglio ha approvato la direttiva 93/36/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, la direttiva 93/37/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, e la direttiva 38/93/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti nei settori esclusi¹⁸⁷.

La direttiva 93/37/CEE non ha un contenuto innovativo, ma è una mera riscrittura della direttiva 71/305/CEE (con le sue successive modificazioni ed integrazioni), pur con qualche variazione di tipo terminologico e nella numerazione degli articoli, che lasciano sostanzialmente impregiudicata la disciplina precedentemente attuata¹⁸⁸.

La direttiva 93/36/CEE, sebbene nata dalla medesima esigenza di fondere in un testo organico la direttiva 77/62/CEE, presenta invece importanti novità, tese ad allineare questa di-

¹⁸⁶ In particolare il 27 settembre 1991 la Commissione ha presentato la proposta di modifica della direttiva lavori, SEC (91) 2360 def., ed il 7 settembre 1992 quella della direttiva forniture, COM (92) 346 final - SYN 442. Relativamente alle proposte di modifica della direttiva settori esclusi si vedano i documenti COM (91) 347 def - SYN 361 del 27 settembre 1991, COM (92) 292 def. - SYN 361 del 10 luglio 1992, e COM(93) 236 final - SYN 361 del 24 maggio 1993.

¹⁸⁷ Le tre direttive sono state pubblicate sulla *G.U.C.E.* 9 agosto 1993, n. L 199, rispettivamente alle p. 1 ss., 54 ss. e 84 ss.

¹⁸⁸ Non è, infatti, stato previsto alcun termine di adattamento per gli Stati membri, non essendo stato ritenuto necessario modificare alcun atto normativo nazionale che avesse già recepito la direttiva 71/305/CEE e le sue modificazioni.

sciplina a quella delle direttive lavori e servizi. Tali innovazioni riguardano la definizione delle amministrazioni aggiudicatrici, le modalità di ricorso alle norme comuni sulle prescrizioni tecniche, le disposizioni sulla pubblicità, l'obbligo di motivare il rigetto delle candidature e delle offerte, le norme sulle procedure di aggiudicazione, la precisazione dei criteri di aggiudicazione e l'introduzione della procedura del Comitato consultivo.

La direttiva 93/38/CEE, ultima direttiva necessaria al completamento del sistema comunitario, estende ai settori esclusi la normativa relativa agli appalti pubblici di servizi, attraverso la riscrittura, modificata ed integrata, della direttiva 90/531/CEE, e conservando la distinzione tra servizi prioritari e servizi residuali della direttiva 92/50/CEE. A parte qualche aggiustamento terminologico, rimangono sostanzialmente invariate le norme relative alle specifiche tecniche, al regime di pubblicità, alle procedure di aggiudicazione ed alla qualificazione dei fornitori, costruttori e prestatori di servizi. In particolare rimane invariato nel contenuto l'art. 29 della direttiva 90/531/CEE, ora art. 36 della direttiva 93/38/CEE, che prevede la c.d. clausola comunitaria sul contenuto locale dell'offerta¹⁸⁹. La direttiva prevede, inoltre, un regime di salvaguardia delle imprese comunitarie relativamente all'aggiudicazione, da parte di prestatori di paesi terzi, degli appalti di servizi. Il meccanismo investe la Commissione di un ampio potere di monitoraggio e di intervento, al fine di garantire alle imprese comunitarie una parità di trattamento con le imprese non comunitarie, ma, come è espressamente previsto, senza recare pregiudizio agli obblighi della Comunità nei confronti dei paesi terzi (art. 37 della direttiva 93/38/CEE).

Complessivamente considerate¹⁹⁰, le direttive comunitarie sugli appalti pubblici si basano su tre principi fondamentali: la

¹⁸⁹ Su questo argomento, v. *supra*, par. 1.2.3.

¹⁹⁰ Ricordiamo che le direttive oggi in vigore sono: la direttiva 93/36/CEE, in materia di appalti pubblici di forniture; la direttiva 93/37/CEE, in

pubblicità degli appalti su scala comunitaria per far sì che le imprese di tutti gli Stati membri abbiano la possibilità di presentare un'offerta; il divieto di formulare specifiche tecniche che risultino discriminatorie nei confronti di potenziali offerenti comunitari; l'applicazione di criteri obiettivi nelle procedure di gara e di aggiudicazione. Quest'ultimo principio è garantito dall'osservanza di specifici requisiti: gli appalti devono essere oggetto di una gara aperta¹⁹¹ o ristretta¹⁹², a discrezione dell'autorità aggiudicatrice; solo in circostanze eccezionali, tassativamente stabilite, è possibile ricorrere ad una procedura negoziata¹⁹³; le parti interessate possono essere escluse dalla partecipazione, nelle procedure ristrette o negoziate, o dalla selezione finale, nelle procedure aperte, ristrette o negoziate, esclusivamente se ricorrono specifici criteri qualitativi; gli appalti possono essere aggiudicati unicamente sulla base di criteri economici o tecnici, ossia scegliendo l'offerta che presenta il prezzo più basso o quella globalmente più vantaggiosa in termini economici.

1.3.6. *Le direttive sulle procedure di ricorso nazionali.*

Ai fini di un'efficace liberalizzazione del mercato, la disciplina degli appalti pubblici non può essere limitata al coor-

materia di appalti di lavori pubblici; la direttiva 92/50/CEE, in materia di appalti pubblici di servizi; la direttiva 93/38/CEE, in materia di appalti degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni; oltre alle due direttive ricorsi, la 89/665/CEE e la 92/13/CEE.

¹⁹¹ Le gare aperte sono quelle procedure nazionali nell'ambito delle quali tutti i fornitori interessati possono presentare offerte.

¹⁹² Le gare ristrette sono quelle procedure nazionali nell'ambito delle quali possono presentare offerte soltanto i fornitori invitati dall'amministrazione.

¹⁹³ Le procedure negoziate sono quelle procedure nazionali nell'ambito delle quali le amministrazioni consultano i fornitori di loro scelta e negoziano i termini del contratto con uno o più di essi.

dinamento delle procedure di aggiudicazione, ma deve prevedere anche norme che garantiscano la sua corretta applicazione, particolarmente in ragione dei brevi periodi possono portare alla conclusione di un contratto d'appalto. L'intera disciplina comunitaria trova un logico e necessario completamento nelle disposizioni della direttiva 89/665/CEE, la c.d. direttiva ricorsi¹⁹⁴, sostanzialmente volta ad assicurare l'effettivo rispetto delle norme comunitarie sugli appalti pubblici, mediante la rimozione degli ostacoli derivanti dalla diversità dei sistemi amministrativi dei singoli Stati membri e attraverso la predisposizione di strumenti rapidi, efficaci ed accessibili di tutela giuridica, a favore degli operatori economici, nei confronti di decisioni e comportamenti adottati dalle amministrazioni e dagli enti aggiudicatori in violazione del diritto comunitario, o delle corrispondenti norme nazionali di trasposizione¹⁹⁵.

¹⁹⁴ In G.U.C.E. 30.12.1989, n. L 395, p. 33 ss. Per i lavori preparatori della direttiva 89/665/CEE cfr. le proposte della Commissione trasmesse al Consiglio, in G.U.C.E. 1987, C 230, 6 ss. e in G.U.C.E., 1989, C 15, 8 ss.; il parere del Parlamento europeo, in G.U.C.E., 1988, C 167, 77 ss., e del Comitato economico e sociale, in G.U.C.E., 1987, C 347, 23 ss., l'adozione di una posizione comune del Consiglio approvata dal Parlamento, n. G.U.C.E., 1989, C 323, 59 ss.

¹⁹⁵ La direttiva ha creato non pochi problemi per la sua attuazione negli ordinamenti nazionali. Cfr. COLEMAN, MARGUE, *L'action de la Communauté visant le respect des règles communautaires en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux: problèmes et perspectives*, in *Revue du Marché Commun*, 1989, 546 ss.; LABAYALE, *Le contrôle de la réglementation communautaire en matière de marchés publics*, in *Revue du Marché Commun*, 1989, 625 ss.; PANEBIANCO, *Ricorsi comunitari e nazionali in materia di contratti di lavori pubblici*, in *Riv. dir. europeo*, 1990, p. 861 ss.; BONCOMPAGNI, *Le principali caratteristiche delle direttive comunitarie e gli strumenti di controllo*, in *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano*, Milano, 1990, p. 24 ss.; WEATHERILL, *National Remedies and Equal Access to Public Procurement*, in *Yearbook of European Law*, 1990, p. 243 ss.; FLAMME, FLAMME, *Le droit européen des commandes publiques après leur réglementation, voici les recours*, in *Journal des Tribunaux*, 1990, 317 ss.; LAURIA, *Appalti pubblici e Mercato Unico Europeo*, Torino, 1991, 277 ss.;

A tale scopo è stabilito che le procedure nazionali di ricorso siano adattate in modo tale da prevedere poteri che permettano di: adottare, con procedura d'urgenza, provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione e/o a sospendere, o a far sospendere, la procedura di aggiudicazione ovvero l'esecuzione di eventuali decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici; annullare o far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specificazioni tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nei documenti di gara, nei capitolati d'onere, o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione; accordare un risarcimento danni alle persone lese dalla violazione¹⁹⁶. L'adozione di tali provvedimenti è demandata, in base alla scelta di ciascuno Stato membro, ad organi giurisdizionali o amministrativi, purché in quest'ultimo caso la decisione possa essere a sua volta oggetto di ricorso giurisdizionale¹⁹⁷.

MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1991, p. 829 ss.; CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli, 1992; CASSESE, *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 467 ss.; ARROWSMITH, *Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules*, Winteringham, 1993; FLAMME, FLAMME, *La réglementation communautaire en matière de marchés publics. Le point sur le contentieux*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1993, n. 3, 13 ss.; FERNÁNDEZ MARTÍN, *The EC Public Procurement Rules. A Critical Analysis*, Oxford, 1996; PROTTO, *L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici. Studio sull'influsso dell'integrazione europea sulla tutela giurisdizionale degli operatori economici nei confronti delle amministrazioni nazionali*, Milano, 1997; CARBONE, TARAMASSO, *La definizione delle controversie in tema di appalti pubblici comunitari: una breve sintesi*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 1997, p. 621 ss.

¹⁹⁶ Ai singoli Stati membri è rimessa la facoltà di condizionare il risarcimento del danno al preventivo annullamento della decisione contestata.

¹⁹⁷ La disposizione ha trovato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia importanti momenti di chiarificazione, in particolare sulla nozione di autorità giurisdizionali nazionali. V. sentenza 17 settembre 1997, causa C 54/96, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH contro Bundesbaugesellschaft mbH*,

La direttiva assegna, inoltre, alla Commissione specifiche funzioni di vigilanza in caso di violazioni chiare e manifeste della normativa comunitaria¹⁹⁸. In tali circostanze, la Commissione può intervenire, prima della conclusione del contratto¹⁹⁹, notificando allo Stato membro e all'amministrazione aggiudicatrice interessati i propri rilievi e chiedendo la correzione della violazione stessa. Una mancata o insufficientemente motivata risposta da parte dello Stato membro interessato, entro il termine previsto²⁰⁰, potrebbe quindi indurre la Commis-

in *Raccolta*, 1997, p. I-4961 ss. annotata da BARONE, in *Foro italiano*, 1997, IV, col. 361 ss.; GOLETTI, *L'art. 117 tr. CE e la sua applicabilità*, in *Foro amministrativo*, 1997, p. 2615 ss.; CHITI, *Nuovi sviluppi del concetto di giurisdizione ex art. 177 del Trattato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1998, p. 140 ss.; PRIEB, in *Public Procurement Law Review*, 1997, p. CS170 ss.; FERNÁNDEZ-MARTÍN, in *Public Procurement Law Review*, 1998, p. CS1 ss. Sentenza 24 settembre 1998, causa C 76/97, *Walter Tögel contro Niederösterreichische Gebietskrankenkasse*, in *Raccolta*, 1998, p. I-5357 ss. Sentenza 2 aprile 1999, causa C 103/97, *Josef Köllensperger*, in *Raccolta*, 1999, p. I-551 ss. annotata da BASSI, *Ancora sul rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e sulla nozione di «giudice nazionale»: è giunto il momento della Corte Costituzionale?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, p. 155 ss.; GUTKNECHT, in *Public Procurement Law Review*, 1999, p. CS97 ss. Sentenza 3 aprile 1999, causa C 258/97, *Hospital Ingenieure KrankenhaustechnikPlanungs-Gesellschaft*, in *Raccolta*, 1999, p. I-1405 ss. Sentenza 28 ottobre 1999, causa C 81/98, *Alcatel Austria AG e a., Siemens AG Österreich, Sag-Schrack Anlagentechnik AG e Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr*, in *Raccolta*, 1999, p. I-7671 ss. Annotata da GUTKNECHT, in *Public Procurement Law Review*, 2000, p. CS14 ss. e da DISCHENDORFER, OEHLER, nella stessa rivista p. CS54 ss.

¹⁹⁸ Ad esempio in caso di mancata pubblicazione del bando di gara ovvero di esclusione immotivata di un imprenditore o fornitore dalla partecipazione all'appalto.

¹⁹⁹ Il potere di denuncia della Commissione è infatti limitato alle violazioni verificatesi durante la fase dell'aggiudicazione, mentre le autorità nazionali rimangono le uniche responsabili delle azioni da intraprendere successivamente alla conclusione del contratto.

²⁰⁰ L'art. 3, par. 3, della direttiva 89/665/CEE fissa il termine in 21 giorni, decorrenti dal ricevimento della notifica effettuata dalla Commissione.

sione all'avvio di una procedura di infrazione ai sensi dell'art. 226 (ex art. 169) del Trattato CE.

Con riferimento agli appalti rientranti nel campo di applicazione della direttiva 93/38/CEE, la direttiva 92/13/CEE²⁰¹ estende la disciplina della direttiva 89/665/CEE ai c.d. settori esclusi, pur introducendo tre nuovi profili.

In primo luogo, in considerazione della diversa natura degli ordinamenti giuridici nazionali, è attribuita ai singoli Stati membri la possibilità di scegliere, con riguardo ai poteri da attribuire agli organismi di ricorso, tra diverse procedure aventi effetti equivalenti. Fatto comunque salvo l'eventuale risarcimento dei soggetti lesi, è, ad esempio, ammessa, in alternativa alla sospensione della procedura di aggiudicazione e all'annullamento delle decisioni illegittime, l'adozione sollecitata di provvedimenti provvisori o, se necessario definitivi, diretti ad evitare o correggere eventuali violazioni ovvero ad impedire effetti dannosi, compresa l'imposizione di pagamento di una somma determinata nel caso in cui l'infrazione non sia riparata o evitata. In secondo luogo, è concessa agli Stati membri la facoltà di applicare agli enti aggiudicatori un sistema di controllo periodico basato su un'attestazione rilasciata da un organo indipendente e opportunamente qualificato. L'attestazione è diretta ad offrire specifiche garanzie in ordine alla trasparenza e al carattere non discriminatorio delle procedure di

²⁰¹ In *G.U.C.E.* 23.3.1992, n. L 76, p. 14 ss. Sui lavori preparatori della direttiva 92/13/CEE cfr. le proposte della Commissione trasmesse al Consiglio, in *G.U.C.E.*, 1990, C 216, 8 ss. e in *G.U.C.E.*, 1991, C 179, 18 ss., il parere del Parlamento europeo, in *G.U.C.E.*, 1991, C 106, 82 ss. e in *G.U.C.E.*, 1992, C 39; il parere del Comitato economico e sociale, in *G.U.C.E.*, 1991, C 60, 16 ss. Cfr. GORMLEY, *The New System of Remedies in Procurement by the Utilities*, in *Public Procurement Law Review*, 1992, p. 259 ss.; FERNÁNDEZ MARTÍN, *The European Commission's Centralised Enforcement of Public Procurement*, in *Public Procurement Law Review*, 1993, n. 1, p. 40 ss.; ARROWSMITH, *Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules*, Winteringham, 1993, p. 72 ss.

aggiudicazione degli enti appaltanti, certificandone la conformità al diritto comunitario e alle corrispondenti norme nazionali di recepimento. Il terzo elemento di novità, rispetto alla direttiva 89/665/CEE, riguarda l'introduzione di una specifica procedura di conciliazione, attivabile da qualunque soggetto interessato all'aggiudicazione di un appalto mediante notifica scritta alla Commissione o alla competente autorità nazionale²⁰², tesa a consentire una soluzione extragiudiziale delle eventuali controversie. In caso di accoglimento dell'istanza, infatti, e previa verifica della disponibilità dell'ente aggiudicatore a partecipare alla procedura, la Commissione, sentito il comitato consultivo per gli appalti pubblici, designa un conciliatore che deve essere espressamente accettato dalle parti ed al quale si affiancano i conciliatori supplementari nominati da ciascuna delle parti. A questi soggetti è affidata la ricerca di un accordo, nel rispetto del diritto comunitario, e fatta salva la possibilità, per l'istante e per l'ente aggiudicatore, di porre fine in qualunque momento alla procedura.

Da ultimo, la direttiva 92/50/CEE, in materia di appalti pubblici di servizi, ha esteso l'ambito di applicazione della direttiva 89/665/CEE anche ai servizi.

²⁰² Per l'Italia il Ministero dei Lavori Pubblici.

CAPITOLO SECONDO

L'APPLICAZIONE DELL'ACCORDO SUGLI APPALTI PUBBLICI DEL 1994 NEL DIRITTO COMUNITARIO

SOMMARIO: 2.1. La competenza della Comunità europea a concludere accordi in materia di appalti pubblici. – 2.1.1. La conclusione di accordi internazionali nel Trattato CE. – 2.1.1.1. La competenza esterna della Comunità europea in materia di politica commerciale comune. – 2.1.1.2. (*Segue*): Il Parere 1/94 della Corte di Giustizia. – 2.1.1.3. L'adozione di norme comuni quale parametro della competenza esclusiva comunitaria per la conclusione di accordi internazionali in materia di appalti pubblici. – 2.1.2. La procedura per concludere gli accordi della Comunità europea. – 2.1.2.1. Il ruolo della Commissione e del Consiglio nella negoziazione e nella conclusione degli accordi in materia di appalti pubblici. – 2.1.2.2. Il ruolo del Parlamento. La sentenza 'Parlamento europeo contro Consiglio' per l'annullamento delle decisioni relative agli accordi Stati Uniti-Comunità europea in materia di appalti pubblici. – 2.1.3. La partecipazione della Comunità europea all'Accordo del 1994. – 2.2. L'adattamento agli obblighi derivanti dall'accordo del 1994 nel diritto comunitario. – 2.2.1. Il procedimento ordinario di adattamento utilizzato per coordinare le norme internazionali con quelle dell'ordinamento comunitario. – 2.2.2. Le direttive di adattamento agli obblighi discendenti dall'Accordo sugli appalti pubblici del 1994. – 2.2.3. Il carattere sostanziale delle direttive di adattamento all'Accordo sugli appalti pubblici. – 2.3. Gli effetti dell'accordo del 1994 nel diritto comunitario. 2.3.1. La negazione degli effetti diretti dell'Accordo GATT nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. – 2.3.2. Il limitato riconoscimento degli effetti diretti degli accordi OMC. – 2.3.3. Sugli effetti delle decisioni OMC nell'ordinamento comunitario.

2.1. *La competenza della Comunità europea a concludere accordi in materia di appalti pubblici.*

Nelle loro relazioni con gli Stati terzi, gli Stati membri

della Comunità hanno realizzato, attraverso i Trattati e altre norme relative all'integrazione europea, delle forme di coordinamento delle politiche estere e commerciali nazionali che coinvolgono le istituzioni comunitarie.

Nel Trattato sull'Unione europea, la cooperazione tra gli Stati membri nelle loro relazioni esterne trova un ancoraggio normativo nel Titolo V, relativo alla politica estera e alla sicurezza comune¹. In forza di queste previsioni, il Consiglio può concludere accordi vincolanti², ma è previsto che la politica estera dell'Unione europea si svolga fuori del campo proprio del diritto comunitario³.

¹ Ci riferiamo in particolare agli artt. 11-28 (ex artt. J1-J18) del Trattato sull'Unione europea. Mentre l'Atto Unico europeo si era limitato ad istituzionalizzare la cooperazione in materia di politica estera, definendo un quadro giuridico per le consultazioni tra gli Stati membri, al fine di coordinare la loro azione sulla scena internazionale, il Trattato di Maastricht istituzionalizza la Politica estera di sicurezza comune (PESC), dotata di organi e procedure decisionali, al fine di affermare l'identità dell'Unione europea sulla scena internazionale. Successivamente il Trattato di Amsterdam ha introdotto delle modifiche al fine consentire un'effettiva politica estera autonoma dell'Unione europea rispetto alle politiche degli Stati membri, ad esempio attribuendo al Segretario generale del Consiglio il ruolo di alto rappresentante per la politica estera e di sicurezza comune dell'Unione europea. Sui problemi più attuali, SCHMITTER, *Coopérations renforcées et compétences externes de la Communauté européenne*, in DONY, *L'Union européenne et le monde après Amsterdam*, Brussels, 1999, p. 77 ss.; WESSEL, *The Inside Looking Out: Consistency and Delimitation in EU External Relations*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 1135 ss.

² L'art. 24 (ex art. J14) disciplina la procedura che il Consiglio deve seguire per la conclusione di accordi internazionali e stabilisce che tali accordi sono vincolanti per gli Stati membri. TIZZANO, *Profili generali del Trattato di Amsterdam*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1998, p. 392 ss., ultimo paragrafo; DASHWOOD, *External Relations Provisions of the Amsterdam Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 1019 ss.; LENAERTS, DE SMIJTER, *The Eu As an Actor in International Law*, in *Yearbook of European Law*, 1999-2000, p. 43 ss.; VENTURINI, *Le relazioni esterne dell'Unione europea*, in *L'Europa di domani: verso l'allargamento dell'Unione*, Atti del convegno di Milano 15-17 febbraio 2001, in corso di pubblicazione.

³ Com'è noto, il Trattato sull'Unione Europea stabilisce una separazione

Appartiene, invece, al diritto comunitario la disciplina dell'attività della Comunità europea, e sotto certi aspetti quella degli Stati membri, nelle relazioni con Stati terzi nelle materie regolate dal Trattato CE. Queste relazioni, pur essendo disciplinate dal diritto internazionale, sono oggetto di norme comunitarie al fine di determinare le competenze della Comunità, le procedure per la negoziazione e la conclusione degli accordi della Comunità ed i loro effetti nell'ordinamento comunitario⁴.

In quest'ambito trovano disciplina gli accordi conclusi dalla Comunità europea nel quadro dell'Organizzazione mondiale del commercio, ed in particolare l'Accordo sugli appalti pubblici del 1994.

2.1.1. *La conclusione di accordi internazionali nel Trattato CE.*

Alcune disposizioni del Trattato CE prevedono la competenza esclusiva della Comunità a concludere accordi internazionali in specifiche materie⁵. Rilevante, per la disciplina degli appalti pubblici, è la competenza relativa alla politica com-

tra il pilastro PESC ed il pilastro CE. Cfr. BARATTA, *Overlaps between European Community Competence and European Union Foreign Policy Activity*, in *The EU as an Actor of International Relations*, Atti del Convegno di Macerata 5-7 aprile 2001, in corso di pubblicazione.

⁴ Per tutti v. POCAR, *The Decision-Making Processes of the European Community in External Relations*, in *The EU as an Actor of International Relations*, Atti del Convegno di Macerata 5-7 aprile 2001, in corso di pubblicazione.

⁵ Oltre all'art. 133, ricordiamo l'art. 310 (ex art. 238) relativo agli accordi di associazione, gli artt. 170, 174 e 181 (rispettivamente artt. 130M, 130R e 130Y) concernenti le modalità di cooperazione con Stati terzi ed organizzazioni internazionali nei settori della ricerca e dello sviluppo tecnologico, dell'ambiente e della cooperazione allo sviluppo e l'art. 111 (ex art. 109) relativo agli accordi in materia monetaria e valutaria.

merciale comune, che trova il suo fondamento nell'articolo 133 (ex art. 113) del Trattato CE⁶.

Rileviamo subito che il problema di stabilire se la disciplina degli appalti pubblici rientri nell'ambito delle competenze esterne della Comunità non trova alcuna risposta diretta nelle norme del Trattato CE. Infatti, come abbiamo evidenziato nel precedente capitolo, il Trattato CE non contiene alcuna disposizione sugli appalti pubblici⁷, né, quindi, prevede alcuna espressa competenza esterna della Comunità in materia. D'altra parte, è certo che le direttive comunitarie in materia sono, *ratione personæ*, esclusivamente applicabili ai soggetti dell'ordinamento comunitario, siano essi amministrazioni aggiudicatrici, ai sensi delle direttive, o candidati nelle procedure di aggiudicazione. Nulla dispongono le direttive in relazione alla possibilità di concludere accordi internazionali con paesi non membri della Comunità, né dalla disciplina delle of-

⁶ Cfr. GIARDINA, *Comunità europee e Stati terzi*, Napoli, 1964; PE-SCATORE, *External Relations in the Case Law of the Court of Justice of the European Communities*, in *Common Market Law Review*, 1979, p. 615 ss.; ADAM, *Le relazioni esterne*, in MONACO, PENNACCHINI, FERRARI BRAVO, *Manuale di diritto comunitario*, vol. I, Torino, 1983, p. 407 ss.; RIDEAU, *Les accords internationaux dans la jurisprudence de la CJCE. Réflexions sur les relations entre les ordres juridiques international, communautaire et nationaux*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 1990, p. 347 ss.; MACLEOD, HENDRY, HYETT, *The External Relations of the European Communities*, Oxford, 1996; LENAERTS, DE SMIJTER, *The European Community's Treaty-Making Competence*, in *Yearbook of European Law*, 1996, p. 1 ss.; DES NERVIENS, *Les relations extérieures*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1997, p. 801 ss.; DANIELE, *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, Milano, 2001; CREMONA, *Rhetoric and Reticence: EU External Commercial Policy in a Multilateral Context*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 359 ss.

⁷ Rileviamo che nel Trattato CE un'unica norma nomina gli appalti pubblici ed è l'art. 163 (ex art. 130F) in tema di ricerca e sviluppo tecnologico. V. SALVADORI, in POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 650 ss.

ferte di origine non comunitaria⁸ può dedursi un potere idoneo a negoziare, in via generale, un accordo con paesi terzi. Pertanto, la competenza della Comunità a concludere accordi internazionali deve essere ricostruita attraverso le disposizioni rilevanti per la determinazione dell'ambito di competenza esterna della Comunità, unitamente all'interpretazione fissata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee.

2.1.1.1. *La competenza esterna della Comunità europea in materia di politica commerciale comune.*

L'articolo 133 (ex art. 113) del Trattato CE, stabilisce che la politica commerciale comune sia fondata su «principi uniformi», con speciale riguardo, fra l'altro, alla «conclusione di accordi tariffari e commerciali»⁹. Ai sensi dell'articolo 300 (ex art. 228) del Trattato CE, le cui disposizioni sono richiamate dallo stesso articolo 133, gli accordi sono conclusi a nome della Comunità dal Consiglio¹⁰.

Nel tentare di definire la nozione di politica commerciale comune, la Commissione e il Consiglio si sono per lungo tempo attestati su posizioni divergenti¹¹. Il Consiglio ha sostenuto

⁸ V. *supra* capitolo 1, par. 1.3.4.

⁹ V. il commento all'art. 133 di LANG, in POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 566 ss.; precisamente in relazione agli appalti pubblici BOVIS, *Public Procurement within the Framework of EC Common Commercial Policy*, in *Public Procurement Law Review*, 1993, p. 177 ss.

¹⁰ V. *infra* in questo capitolo, par. 2.1.2.

¹¹ Sul problema, v. le conclusioni dell'Avvocato Generale Tesouro nel caso C360/93, *Parlamento contro Consiglio*, assolutamente precise e chiarificatrici, in particolare punti 12-14. Peraltro, come possiamo leggere in HARTLEY, *The Foundations of European Community Law*, IV ed., Oxford, 1998, «International relations are an area which is traditionally regarded as touching the very heart of state sovereignty and it is hardly surprising, therefore, that the

una nozione teleologica, tesa ad includere tutte le misure finalizzate alla disciplina degli scambi. La Commissione, invece, si è orientata su una nozione di tipo strumentale, che comporta l'inclusione nella politica commerciale comune di tutte le misure che, anche adottate in relazione a specifiche politiche comunitarie, incidano sugli scambi.

La questione è rilevante, non solo ai fini della ricostruzione della nozione in relazione alla materia degli appalti pubblici, ma anche perché all'esistenza di accordi commerciali stipulati dalla Comunità si contrappone la circostanza che gli Stati membri non sono più liberi di concludere propri accordi commerciali¹².

D'altra parte la giurisprudenza della Corte di Giustizia¹³ pur non avendo mai esplicitamente accolto l'interpretazione teleologica del Consiglio, né quella strumentale sostenuta

Member States have always viewed the treaty-making power of the Community with a degree of suspicion. Almost from the beginning, the Member States and the organ which represents their collective opinion – the Council – have tried to limit the powers of the Community», p. 157-158, di conseguenza «This difference of opinion between the Council and the Commission led to several clashes», p. 159. Più in generale, v. BOSELLI, *La politica commerciale comune*, in PENNACCHINI, MONACO, FERRARI BRAVO, *Manuale di diritto comunitario*, vol. II, Torino, 1983, p. 574 ss.; GILSDORF, *Porté et délimitation des compétences communautaires en matière de politique commerciale*, in *Revue du Marché Commun*, 1989, p. 195 ss.; EECKHOUT, *The European Internal Market and International Trade: A Legal Analysis*, London, 1994, p. 20 ss.

¹² Il punto è stato già chiaramente affermato: sentenza della Corte di Giustizia 15 dicembre 1976, C 41/76, *Suzanne Donckrwolke e Henri Schou c. Procuratore della Repubblica*, in *Raccolta*, 1976, p. 1921 ss., dove si legge, «Poiché l'art. 113 [divenuto art. 133], n. 1, ha conferito alla Comunità una competenza generale in materia di politica commerciale, i provvedimenti di politica commerciale d'indole nazionale sono ammissibili, dopo la scadenza del periodo transitorio, solo se specificatamente autorizzati dalla Comunità», punto 32 della motivazione. V. annotazione di USHER, in *European Law Review*, 1977, p. 304 ss.

¹³ Cfr. KADDOUS, *Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, Basel, 1998.

dalla Commissione, ha sicuramente attribuito alla nozione di politica commerciale comune un'interpretazione estensiva. Anche perché la Corte ha presto individuato il rischio di perturbazione degli scambi intracomunitari insito in interpretazioni restrittive della nozione¹⁴.

Nel caso *A.E.T.S.* del 1971, la Corte ha affermato che la politica commerciale comune è innanzi tutto il risultato di uno sviluppo progressivo¹⁵. La competenza esterna comunitaria,

¹⁴ In particolare nel parere della Corte di Giustizia, 4 ottobre 1979, parere 1/78, in *Raccolta*, 1979, p. 2871 ss., la Corte ha chiaramente affermato che «un'interpretazione restrittiva della nozione di politica commerciale comune rischierebbe di provocare perturbazioni negli scambi intracomunitari a causa delle disparità che sussisterebbero in tal caso in determinati settori dei rapporti economici con i Paesi terzi», v. punto 45 della motivazione.

¹⁵ Sentenza 31 marzo 1971, C 22/70, *Commissione c. Consiglio (accordo europeo sui trasporti internazionali su strada – A.E.T.S.)*, in *Raccolta* 1971, p. 263 ss. La controversia era sorta in relazione all'autorizzazione data dal Consiglio agli Stati membri a negoziare e a concludere, nell'ambito della Commissione economica per l'Europa delle Nazioni Unite, l'accordo europeo relativo al lavoro degli equipaggi dei veicoli che effettuano trasporti internazionali su strada. La legittimità dell'autorizzazione del Consiglio era stata contestata dalla Commissione che affermava che il negoziato relativo avrebbe dovuto svolgersi nel quadro della procedura di cui all'art. 228 [divenuto art. 300] del Trattato CE, vertendosi in materia rientrante nelle attribuzioni comunitarie ai sensi dell'art. 75 [divenuto art. 71] in tema di trasporti. La Corte di Giustizia, chiamata a risolvere la questione, ha affermato che la competenza esterna, anche quando non espressamente prevista dal Trattato CE, «può desumersi anche da altre disposizioni del trattato e da atti adottati, in forza di queste disposizioni, dalle istituzioni della Comunità». Pur riferendosi alla progressiva realizzazione di una politica comune dei trasporti, la Corte ha affermato che quando norme comuni vengono adottate si accentra nella Comunità la competenza ad assumere e ad adempiere degli impegni nei confronti degli Stati terzi. La sentenza, *leading case* in materia di competenza esterna della Comunità, è stata annotata da GIARDINA, *Sulla competenza a stipulare della Comunità economica europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1971, p. 609 ss.; GORI, *Sulla competenza negoziale esterna delle Organizzazioni intergovernative con particolare riguardo alle Comunità Europee*, in *Rivista di diritto europeo*, 1971, p. 186 ss.; TIZZANO, *La controversia tra Consiglio e Commissione in materia di competenze a stipulare della C.E.E.*, in *Foro italiano*, 1971, parte IV,

pur abbracciando tutto l'ambito della competenza interna, sorge soltanto nel momento in cui la Comunità ha già esercitato la sua competenza interna – c.d. parallelismo fra competenze interne e competenze esterne. In altra occasione, la Corte ha rilevato che la politica commerciale comune è stata concepita «nella prospettiva del funzionamento del mercato comune, per la salvaguardia dell'interesse globale della Comunità» entro i cui limiti devono esercitarsi anche gli interessi rispettivi degli Stati membri¹⁶. Tuttavia nel parere 1/76¹⁷, la Corte ha

Col. 339 ss.; ancora TIZZANO, *Recenti tendenze in tema di competenza a stipulare della CEE*, in *Foro italiano*, 1973, parte V, Col. 1 ss.; FOIS, *La problematica degli accordi degli Stati membri nella sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 31 marzo 1971*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1972, p. 432 ss.; KOVAR, *L'affaire de l'A.E.T.R. devant la Cour de justice des Communautés européennes et la compétence internationale de la C.E.E.*, in *Annuaire français de droit international*, 1971, p. 386 ss.; WINTER, in *Common Market Law Review*, 1971, p. 550 ss.; CONSTANTINESCO, *Note*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1971, p. 796 ss.; LOUIS, in *Cahiers de droit européen*, 1971, p. 479 ss.; GANSHOF VAN DER MEERSCH, in *Cahiers de droit européen*, 1972, p. 127 ss.; RAUX, in *Revue générale de droit international public*, 1972, p. 36 ss.

¹⁶ Parere 11 novembre 1975, parere 1/75, in *Raccolta* 1975, p. 1355 ss., richiesto per stabilire la competenza a stipulare un accordo OCSE in tema di spese locali. Il parere è stato annotato da, TELCHINI, *A proposito della competenza comunitaria a stipulare accordi commerciali*, in *Giustizia civile*, 1976, IV, p. 48 ss.; KAPTEYN, in *Texas International Law Journal*, 1976, p. 485 ss.; RAUX, *L'avis de la Cour de Justice des Communautés Européennes au titre de l'art. 228, paragraphe 1, deuxième alinéa du Traité C.e.e.*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1976, p. 482 ss.; MAAS, *The External Powers of the EEC with regard to Commercial Policy: Comment on Opinion 1/75*, in *Common Market Law Review*, 1976, p. 379 ss.; CONSTANTINESCO, in *Journal du droit international*, 1977, p. 249 ss.

¹⁷ Parere della Corte di Giustizia 26 aprile 1977, parere 1/76, in *Raccolta* 1977, p. 714 ss., relativo alla compatibilità con le norme del Trattato CE di un progetto di accordo relativo all'istituzione di un fondo europeo d'immobilizzazione della navigazione interna. In quest'occasione, la Corte ha affermato che «ogniquale volta il diritto comunitario abbia attribuito alle istituzioni della Comunità determinati poteri sul piano interno, onde realizzare un certo

riconosciuto alla Comunità la scelta fra un'azione interna autonoma, seguita se del caso da un'azione esterna, ed il ricorso ad un'azione più ampia con paesi terzi quando necessaria ad uno degli obiettivi della Comunità¹⁸. Affermando l'esistenza

obiettivo, la Comunità è competente ad assumere gli impegni internazionali necessari per raggiungere tale obiettivo, anche in mancanza di espresse disposizioni al riguardo. Questa conclusione si impone fra l'altro in tutti i casi in cui i poteri inerenti alla competenza interna siano stati già esercitati al fine di adottare provvedimenti destinati all'attuazione delle politiche comuni, ma non si limita, tuttavia, a tale ipotesi. Anche qualora i provvedimenti comunitari di carattere interno vengano adottati solo in occasione della stipulazione e dell'attuazione dell'accordo internazionale, come prevede nella fattispecie la proposta di regolamento sottoposta dalla Commissione al Consiglio, la competenza ad impegnare la Comunità nei confronti degli Stati terzi deriva comunque, implicitamente, dalle disposizioni del trattato relative alla competenza interna, nella misura in cui la partecipazione della Comunità all'accordo internazionale sia, come nel caso in esame, necessaria alla realizzazione di uno degli obiettivi della Comunità». Il parere è stato annotato da, RADICATI DI BROZOLO, *La funzione consultiva della Corte comunitaria in materia di relazioni esterne*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1979, p. 116 ss.; HARDY, *Opinion 1/76 of the Court of Justice: The Rhine Case and the Treaty-Making Powers of the Community*, in *Common Market Law Review*, 1977, p. 561 ss.; HARTLEY, in *European Law Review*, 1977, p. 275 ss.; KOVAR, in *Journal du droit international*, 1978, p. 939 ss.; GROUX, *Le parallélisme des compétences internes et externes de la Communauté économique européenne*, in *Cahiers de droit européen*, 1978, p. 3 ss.; PHILIP, *A propos de l'avis de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Revue du Marché Commun*, 1978, p. 55 ss.

¹⁸ Come affermato dalla Corte di Giustizia, in altra occasione, la competenza della Comunità ha carattere esclusivo di quella degli Stati membri soltanto nell'ipotesi in cui gli oneri di un finanziamento eventualmente derivante dall'accordo da stipulare gravino integralmente sul bilancio comunitario. V. parere della Corte di Giustizia 4 ottobre 1979, parere 1/78, in *Raccolta* 1979, p. 2871 ss., relativo all'accordo internazionale sulla gomma naturale. In questo caso la Corte ha affermato che quando un accordo internazionale rientrante nella politica commerciale comune, di cui all'art. 133 (ex art 113) del Trattato CE, implichi l'obbligo di contribuire al finanziamento di scorte regolatrici, «se il finanziamento dell'accordo spetta alla Comunità, le decisioni occorrenti saranno adottate secondo le appropriate procedure comunitarie. Se viceversa il finanziamento è a carico degli Stati membri, questo fatto impli-

di una competenza esterna quando la conclusione di un accordo sia necessaria al raggiungimento di un obiettivo della Comunità, il parere 1/76 conferma, nel modo più ampio, l'esistenza di una competenza generale della Comunità a concludere accordi con paesi terzi, sia in ordine a misure che siano espressamente previste dal Trattato CE e attribuite alla competenza comunitaria, sia in ordine a misure che formino oggetto di un'attribuzione soltanto implicita per effetto dell'articolo 308 (ex art. 235) del Trattato CE.

Per quanto concerne la determinazione della competenza esterna della Comunità in materia di politica commerciale comune dobbiamo però rilevare che la Comunità è stata una delle forze trainanti al fine dell'inclusione degli appalti pubblici nella più ampia disciplina del commercio internazionale¹⁹. Appoggiarsi su queste scelte strategiche nei rapporti con i paesi terzi per giustificare l'ampliamento della propria competenza esterna, ex articolo 133 del Trattato CE, pare allora meno conciliabile con la teoria di attribuzione delle competenze, nonché con i principi di sussidiarietà e di proporzionalità, di cui all'articolo 5 (ex art. 3B) del Trattato CE. Inoltre, nell'unico caso in cui la Corte di Giustizia si è occupata dell'accordo

cherà la partecipazione degli Stati stessi a questi congegni decisionali o, quanto meno, il loro assenso circa le modalità di finanziamento in progetto e di conseguenza la loro partecipazione all'accordo congiuntamente con la Comunità. In quest'ipotesi non si può concepire la competenza esclusiva della Comunità». Il parere è stato annotato da, RADICATI DI BROZOLO, *Ancora sul carattere quasi-contenzioso della procedura ex art. 228, par. 1, al. 2, del Trattato C.E.E.*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1979, p. 712 ss.; CORTESE PINTO, *Osservazioni sul parere 1/78 della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1980, p. 560 ss.; USHER, in *European Law Review*, 1980, p. 147 ss.; WHITE, in *European Law Review*, 1980, p. 315 ss.; STEENBERGEN, in *Cahiers de droit européen*, 1980, p. 54 ss.; BRUCKNER, in *Revue du Marché Commun*, 1980, p. 4 ss.; FLORY, *L'avis 1-78 de la Cour de justice des Communautés européennes (accord international sur le caoutchouc naturel)*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1980, p. 21 ss.

¹⁹ V. *supra* capitolo 1, in particolare par. 1.2.3.

sugli appalti pubblici, sulla scorta delle motivazioni contenute nel parere 1/94, ha espressamente escluso che questa materia rientri nella nozione di politica commerciale comune²⁰.

2.1.1.2. (Segue): *Il parere 1/94 della Corte di Giustizia.*

Una linea interpretativa divergente rispetto a quella ora delineata, è stata seguita nel parere 1/94²¹ relativo alla conclu-

²⁰ V. *infra* in questo capitolo par. 2.1.2.1.

²¹ Parere della Corte di Giustizia 15 novembre 1994, parere 1/94, in *Raccolta* 1994, p. I-5267 ss., relativo alla competenza della Comunità a stipulare accordi internazionali in materia di servizi e di tutela della proprietà intellettuale. I commenti, spesso molto critici, su questo parere sono stati numerosi, BOURGEOIS, *L'avis de la Cour de justice des Communautés européennes à propos de l'Uruguay Round: un avis mitigé*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1994, n. 3, p. 11 ss.; TRIDIMAS, EECKHOUT, *The External Competence of the Community and the Case-Law of the Court of Justice: Principle versus Pragmatism*, in *Yearbook of European Law*, 1994, p. 143 ss.; X, *The aftermath of Opinion 1/94 or how to ensure unity of representation for joint competences*, *Editorials Comments*, in *Common Market Law Review*, 1995, p. 385 ss.; DUTHEIL DE LA ROCHERE, *L'ère des compétences partagées*, in *Revue du Marché Commun*, 1995, p. 461 ss.; CONSTANTINESCO, in *Journal du droit international*, 1995, p. 412 ss.; AUVRET-FINCK, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1995, p. 322 ss.; BOURGEOIS, *The EC in the WTO and Advisory Opinion 1/94: An Echternach Procession*, in *Common Market Law Review*, 1995, p. 763 ss.; HILF, *The ECJ's Opinion 1/94 on the WTO. No Surprise, but wise?*, in *European Journal of International Law*, 1995, p. 245 ss.; MAUNU ANTTI, *The Implied external competence of the European Community after the ECJ Opinion 1/94, towards Coherence or Diversity?*, in *Legal Issues of European Integration*, 1995, n. 2, p. 115 ss.; VAN NUFFEL, in *Columbia Journal of European Law*, 1995, p. 338 ss.; VEDDER, FOLZ, in *European Journal of International Law*, 1996, p. 131 ss.; TOGNAZZI, *Il parere No. 1/94: nuovi sviluppi in tema di relazioni esterne della Comunità europea*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1996, p. 75 ss.; VERECKEN, *La competenza della Comunità a concludere accordi internazionali in materia di servizi*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1996, p. 87 ss.; EMILIOU, *The Death of Exclusive Competences*, in *European Law Review*, 1996, p. 294 ss.; FLORY,

sione dell'Accordo istitutivo dell'Organizzazione mondiale del commercio²². Da una parte, la Corte ha affermato la competenza esterna esclusiva della Comunità a stipulare accordi multilaterali relativi al commercio di prodotti, facendo espreso riferimento ad alcuni accordi allegati all'Accordo istitutivo dell'Organizzazione mondiale del commercio, quali gli accordi sull'agricoltura, sull'applicazione delle misure sanitarie e fitosanitarie e sulle barriere tecniche al commercio. Dall'altra, invece, pur rilevando che «la natura aperta della politica commerciale comune ai sensi del trattato impedisce di escludere a priori il commercio di servizi dalla sfera di applicazione dell'art. 113 [divenuto art. 133]», ha affermato che, in tema di servizi, la competenza della Comunità risulta esclusiva quando essa «ha incluso nei suoi atti legislativi interni clausole relative al trattamento da riservare ai cittadini di paesi terzi o ha conferito espressamente alle proprie istituzioni una competenza a negoziare con i paesi terzi»²³; lo stesso vale, anche in mancanza di clausola espressa che autorizzi le istituzioni a negoziare con i paesi terzi, quando la Comunità ha realizzato un'armonizzazione completa delle regole di accesso a un'attività indipendente. Di conseguenza, l'ambito di competenza della poli-

MARTIN, *Remarques à propos des avis 1/94 e 2/94 de la Cour de Justice des Communautés européennes au regard de l'évolution de la notion de politique commerciale commune*, in *Cahiers de droit européen*, 1996, p. 379 ss.; BOURGEOIS, in *Common Market Law Review*, 1995, p. 763 ss.; APPELLA, *Constitutional Aspects of Opinion 1/94 of the ECJ Concerning the WTO Agreement*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, p. 440 ss.; più di recente, PESCATORE, *Opinion 1/94 on "Conclusion" of the WTO Agreement: is there an Escape from a Programmed Disaster?*, in *Common Market Law Review*, 1999, p. 387 ss.

²² Ricordiamo che, in forza dell'art. 300, par. 6, per verificare la compatibilità di un accordo con il Trattato CE è possibile istituire, prima della conclusione dell'accordo, un procedimento dinanzi alla Corte di Giustizia. Il Consiglio, la Commissione e ciascuno Stato membro hanno la facoltà di chiedere una pronuncia preventiva della Corte.

²³ Punti 36-47 della motivazione del parere 1/94.

tica commerciale comune risulta essere limitato alle sole forniture transfrontaliere di servizi. Restano esclusi «il consumo all'estero, la presenza commerciale e la presenza di persone fisiche». In questo modo, la Corte ha distinto le diverse modalità di fornire servizi, individuandole quale parametro per delimitare la competenza esterna della Comunità in materia di politica commerciale comune. Le forniture di servizi attraverso frontiere che non coinvolgono alcun movimento di persone, quindi, quando il fornitore è stabilito, in senso comunitario, in uno Stato ed il consumatore risiede e resta in un altro Stato, sono state considerate equivalenti al commercio di beni e, in quanto tali, sono state ritenute rientrare nella nozione di politica commerciale comune. Invece, tutte le altre modalità di fornitura dei servizi, che comportano il movimento di una parte attraverso i confini nazionali, sono repute essere al di fuori dell'ambito dell'articolo 133 del Trattato CE²⁴.

Per quanto la Corte abbia riconosciuto che una proporzione crescente del commercio internazionale si sia ormai sviluppata nel settore dei servizi, essa ha ritenuto opportuno affermare che la nozione di politica commerciale comune, in questa materia, incontra dei limiti in altre nozioni proprie del Trattato. Nel ragionamento della Corte, l'articolo 3 del Trattato CE, che distingue tra una politica commerciale comune alla lettera b, e le misure relative all'entrata e alla circolazione delle persone alla lettera d, ha come conseguenza che la disciplina riservata ai cittadini dei paesi terzi all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne degli Stati membri non possa essere considerata rientrante nella politica commerciale comune. In particolare «l'esistenza nel Trattato di capi specifici dedicati alla libera circolazione delle persone, tanto fisiche quanto giuridiche, mostra che queste materie non sono com-

²⁴ Sui profili generali e concettuali relativi al commercio internazionale di servizi, cfr. GREPPI, *La disciplina giuridica internazionale della circolazione dei servizi*, Napoli, 1994.

prese nella politica commerciale comune»²⁵. Per questo, tutti i servizi che coinvolgono il movimento di cittadini degli Stati terzi non possono rientrare nella competenza esclusiva della Comunità in materia di politica commerciale comune.

Tuttavia, il parere 1/94, ha affermato la facoltà per la Comunità di inserire in accordi relativi alla politica commerciale aspetti definibili come accessori, senza per questo eccedere la sua sfera competenza²⁶. L'estensione della competenza esterna della Comunità alle materie considerate accessorie non sembra pienamente giustificabile, specie nella misura in cui la Corte non determini i criteri che permettano di circoscrivere il parametro dell'accessorietà ad un accordo. Peraltro, risponde all'esigenza di consentire una ripartizione di competenze tra Comunità e Stati membri più razionale di quella che risulterebbe da una distinzione rigorosa per materie, considerato che quest'ultima implicherebbe l'esigenza di una partecipazione degli Stati membri nella conclusione e nell'esecuzione degli accordi in relazione a materie che potrebbero essere d'importanza secondaria nell'economia generale dell'accordo. Il con-

²⁵ Punto 46 della motivazione del parere 1/94.

²⁶ In particolare, punto 68 della motivazione, dove si afferma la facoltà per la Comunità di inserire «disposizioni accessorie che istituiscono procedimenti di mera consultazione o clausole che invitano la controparte ad aumentare il livello di tutela della proprietà intellettuale». Il punto era già stato affermato dalla Corte di Giustizia nel parere 1/78, cit., relativo ad un accordo sulla gomma naturale, dove era stato stabilito che «l'eventuale presenza, nell'accordo, di clausole riguardanti oggetti quali l'assistenza tecnica, i programmi di ricerca, le condizioni di lavoro nell'industria di cui trattasi o le consultazioni relative alle politiche fiscali nazionali che possono incidere sul prezzo della gomma non può modificare la qualificazione dell'accordo, la quale va fatta in considerazione dello scopo essenziale di questo, non già in funzione di clausole particolari, di carattere in ultima analisi accessorio od ausiliario. Ciò è tanto più vero in quanto le clausole menzionate sono, di fatto, strettamente connesse all'oggetto dell'accordo ed ai compiti degli organi che agiranno nell'ambito dell'organizzazione internazionale per la gomma che ci si propone di creare». Su questo parere v. *supra* in questo capitolo nota 18.

retto di accessorietà, infatti, può avere significato prevalentemente in relazione ad accordi di tipo universale, dove non sarebbe possibile per la Comunità riuscire a circoscrivere l'oggetto di negoziati esattamente nel campo proprio della politica commerciale come definita nel Trattato CE. A fronte della legittima preoccupazione della Commissione di salvaguardare un'unità d'azione nell'ambito dell'Organizzazione mondiale del commercio, nel parere 1/94 la Corte ha precisato essere necessario garantire una stretta cooperazione tra Stati membri e istituzioni comunitarie, tanto nel processo di negoziazione e di stipulazione quanto nell'adempimento degli impegni assunti, considerata la necessità di un'unità di rappresentanza internazionale della Comunità²⁷.

Nel parere 1/94 non troviamo mai espressa menzione all'accordo sugli appalti pubblici, sebbene questo Accordo ricomprenda nel proprio ambito di applicazione oggettiva anche alcuni appalti di servizi. Avvalendoci delle linee interpretative stabilite nel parere, potremmo concludere che la competenza della Comunità sia esclusiva solo per i negoziati relativi agli appalti pubblici di forniture, che, in quanto merci, rientrano pienamente nella nozione di politica commerciale comune, come delineata dalla Corte, mentre non lo sia per i

²⁷ Peraltro, come era già stato precisato nel parere 19 marzo 1993, parere 2/91, in *Raccolta* 1993, p. I-1061 ss., relativo alla Convenzione n. 170 dell'Organizzazione internazionale del Lavoro sulla sicurezza durante l'impiego di sostanze chimiche sul lavoro, spetta alle stesse istituzioni comunitarie e agli Stati membri adottare tutti i provvedimenti necessari a garantire nel miglior modo possibile la collaborazione, in tutte le fasi. Il parere 2/91 è stato annotato da, MARTINES, *Sulla competenza comunitaria a concludere convenzioni dell'Organizzazione internazionale del lavoro*, in *Foro italiano*, 1994, IV, Col. 4 ss.; CONSTANTINESCO, in *Journal du droit international*, 1994, p. 482 ss.; NEUWAHL, in *Common Market Law Review*, 1993, p. 1185 ss.; RAUX, in *Revue du Marché Commun*, 1994, p. 45 ss.; EMILIOU, in *European Law Review*, 1994, p. 76 ss.; VEDDER, FOLZ, in *European Journal of International Law*, 1994, p. 452 ss.; AUVRET-FINCK, in *Cahiers de droit européen*, 1995, p. 443 ss.

negoziati relativi agli appalti pubblici di lavori e di servizi, dove possono essere coinvolte sia la libera circolazione delle persone, sia la libera prestazione dei servizi. In questi casi, infatti, potremmo avere una competenza congiunta della Comunità e degli Stati membri a partecipare alla conclusione degli accordi.

Tuttavia, dobbiamo rilevare che l'Accordo sugli appalti pubblici s'innerva sulla previsione di procedure di aggiudicazione uniformi e non contiene alcuna previsione in tema di accesso al mercato, di determinazione di metodi o di libera circolazione delle persone. Anzi, è espressamente introdotta una specifica esclusione dall'applicazione dell'obbligo del trattamento nazionale e della clausola della nazione più favorita per tutte le misure che interessano gli scambi di servizi²⁸. Del resto, la disciplina degli appalti pubblici ha l'obiettivo di aprire il settore ad una concorrenza effettiva tra operatori, non quello di liberalizzare il commercio internazionale, né quello delle merci, né quello dei servizi²⁹. Esattamente come, nell'ordinamento comunitario, le direttive sugli appalti pubblici non hanno mai introdotto norme in tema di libera circolazione delle merci, dei servizi, dei capitali e delle persone, ma semplicemente si sono avvalse delle realizzazioni del mercato unico, al fine di aprire il settore degli appalti pubblici alla concorrenza effettiva tra operatori economici³⁰, allo stesso modo

²⁸ L'articolo III dell'accordo sugli appalti pubblici del 1994 intitolato «*Traitement national et non-discrimination*», al par. 3, così dispone «*Les dispositions des paragraphes 1 et 2 ne s'appliqueront pas aux droits de douane et impositions de toute nature perçus à l'importation ou à l'occasion de l'importation, ni au mode de perception de ces droits et impositions, ni aux autres règlements et formalités d'importation, ni aux mesures touchant le commerce des services autres que les lois, règlements, procédures et pratiques concernant les marchés publics visés par le présent accord*».

²⁹ Analoghe considerazioni possono essere in relazione all'accordo sugli appalti pubblici di servizi attualmente in fase di negoziazione nell'ambito del GATS, v. *supra* capitolo 1, par. 1.2.5.

³⁰ Il percorso comunitario di liberalizzazione nel settore degli appalti pubblici è stato illustrato *supra* capitolo 1, par. 1.3, v. anche *infra* capitolo 3, par. 3.1.

l'Accordo sugli appalti pubblici del 1994 non contiene disposizioni in tema di accesso di beni e servizi nel territorio di uno Stato: tutti gli aspetti relativi al commercio internazionale continuano a trovare la loro disciplina nel GATT, piuttosto che nel GATS e negli altri accordi conclusi nel quadro dell'Organizzazione mondiale del commercio.

2.1.1.3. *L'adozione di norme comuni quale parametro della competenza esclusiva comunitaria per la conclusione di accordi internazionali in materia di appalti pubblici.*

Il percorso interpretativo fin qui delineato, come abbiamo evidenziato, non pare portare ad una precisa soluzione del problema della competenza della Comunità europea a concludere accordi internazionali in materia di appalti pubblici. Il problema può, invece, trovare soluzione attraverso l'individuazione della competenza esterna ricavata da norme del Trattato CE, o per derivazione implicita dall'articolo 308 (ex art. 235) dello stesso Trattato CE, quali condizioni legittimanti l'esercizio della competenza esclusiva esterna della Comunità in relazione all'Accordo sugli appalti pubblici. In quest'ottica, dovrebbe essere riconosciuta alla Comunità una competenza esclusiva in materia di appalti pubblici, in quanto afferenti al quadro normativo dell'Organizzazione mondiale del commercio³¹ e in quanto strumento per la realizzazione di tre libertà fondamentali dell'integrazione europea, la libertà di circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione di servizi³².

Nel delineare questo diverso percorso interpretativo, riprendiamo ancora il percorso fissato dalla giurisprudenza comunitaria relativa alla conclusione di accordi internazionali.

³¹ V. *supra* capitolo 1, par. 1.2.

³² V. *supra* capitolo 1, par. 1.3.

Nel caso *A.E.T.S.* la Corte aveva ricondotto la competenza esclusiva comunitaria all'avvenuta adozione di 'norme comuni', quando tali norme fossero state emanate «per la realizzazione di una politica comune prevista dal Trattato»³³. Nel caso *Kramer*³⁴, aveva quindi precisato che fino a che la Comunità non avesse esercitato i poteri attribuiti dal Trattato, gli Stati membri avrebbero mantenuto la loro competenza ad assumere obblighi internazionali in quelle materie. Nel parere 1/76³⁵,

³³ Sentenza 31 marzo 1971, C 22/70, *Commissione c. Consiglio (accordo europeo sui trasporti internazionali su strada - A.E.T.S.)*, in *Raccolta* 1971, p. 263 ss. In particolare la Corte affermava: «Onde accertare, in un caso determinato, se la Comunità sia competente a concludere accordi internazionali, si deve prendere in considerazione sia il Trattato nel suo complesso, sia le sue singole disposizioni. Detta competenza non dev'essere in ogni caso espressamente prevista dal Trattato (...) ma può desumersi anche da altre disposizioni del Trattato e da atti adottati, in forza di queste disposizioni, dalle Istituzioni della Comunità (...) Man mano che queste norme comuni vengono adottate, infatti, si concentra nelle Comunità la competenza ad assumere e ad adempiere - con effetto per l'intera sfera in cui vige l'ordinamento comunitario - degli impegni nei confronti degli Stati terzi», punti 15-18 della motivazione, v. anche *supra* in questo capitolo nota 15.

³⁴ Sentenza 14 luglio 1976, cause C 3, 4 e 6/76, *procedimento penale a carico di Cornelis Kramer*, in *Raccolta*, 1976, p. 1279 ss., in particolare punto 39, «poiché la Comunità non ha ancora esercitato appieno le sue funzioni in materia, le questioni in esame vanno risolte nel senso che, all'epoca dei fatti che sono all'origine dei procedimenti promossi dinanzi ai giudici nazionali, gli Stati membri avevano competenza ad assumere, nell'ambito della Convenzione sulla pesca nell'Atlantico del Nord-Est, obblighi in relazione alla preservazione delle risorse biologiche marine e quindi avevano il diritto di garantirne l'adempimento nell'ambito del loro ordinamento giuridico». La sentenza è stata annotata da, SCOVAZZI, *Le competenze della CEE nel settore della pesca marina*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1977, p. 86 ss.; WYATT, in *European Law Review*, 1977, p. 41 ss.; SIMMONDS, *External Relations Power of the EEC - A Recent Ruling of the European Court*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1977, p. 208 ss.; KOERS, *The External Authority of the EEC in regard to Marine Fisheries*, in *Common Market Law Review*, 1977, p. 269 ss.

³⁵ Parere della Corte di Giustizia 26 aprile 1977, parere 1/76, in *Raccolta* 1977, p. 714 ss., relativo alla compatibilità con le norme del Trattato CE di un

la Corte ha nuovamente affermato che la competenza ad assumere obblighi internazionali può risultare, non solo da un'attribuzione espressa del Trattato, ma anche in modo implicito dalle sue disposizioni. In particolare, ha chiaramente affermato che «qualora i provvedimenti comunitari di carattere interno vengano adottati solo in occasione della stipulazione e dell'attuazione di un accordo internazionale (...) la competenza ad impegnare la Comunità nei confronti degli Stati terzi deriva comunque, implicitamente, dalle disposizioni del Trattato relative alla competenza interna, nella misura in cui la partecipazione della Comunità all'accordo internazionale sia (...) necessaria alla realizzazione di uno degli obiettivi della Comunità»³⁶. Due importanti conseguenze hanno seguito queste affermazioni. Da una parte, la possibilità di concludere accordi misti, in cui siano parti la Comunità, i suoi Stati membri e gli Stati terzi³⁷. Dall'altra la possibilità, per la Comunità,

progetto di accordo relativo all'istituzione di un fondo europeo d'immobilizzazione della navigazione interna, in particolare punto 3, «ogniquale volta il diritto comunitario abbia attribuito alle istituzioni della Comunità determinati poteri sul piano interno, onde realizzare un certo obiettivo, la Comunità è competente ad assumere gli impegni internazionali necessari per raggiungere tale obiettivo, anche in mancanza di espresse disposizioni al riguardo», v. anche *supra* in questo capitolo nota 17.

³⁶ Parere 1/76, cit., punto 4. Sulla questione della partecipazione anche degli Stati membri, singolarmente considerati, alla stipulazione di accordi internazionali della Comunità europea, v. POCAR, *Caratteri ed evoluzione degli accordi internazionali stipulati dalla C.E.E.*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1981, p. 5 ss.

³⁷ Sulle numerose problematiche che pongono gli accordi misti v. gli studi raccolti in O'KEEFFE, SCHERMERS, *Mixed Agreement*, Deventer, 1983, in particolare GAJA, *The European Community's Rights and Obligations under Mixed Agreements*, p. 139 ss. e BALEKJIAN, *Mixed Agreements: Complementary and Concurrent Competences?*, p. 143 ss.; LOUIS, *La Communauté et ses États membres dans les relations extérieures*, in *Revue d'intégration européenne*, 1983, p. 203 ss.; GAJA, *Sull'interpretazione degli accordi misti da parte della Corte di Giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1988, p. 601 ss.; TOGNAZZI, *Nozione e classificazione degli accordi misti*, in *Diritto comunitario*

di essere parte di un accordo istitutivo di un'organizzazione internazionale.

Inoltre, la teoria del parallelismo delle competenze è stata confermata sottolineando come la competenza della Comunità a concludere accordi non sia limitata al caso in cui la Comunità abbia adottato norme comunitarie nell'ambito di una politica comune. In particolare, in tutti i settori che rientrano negli scopi del Trattato CE, gli Stati membri devono facilitare la Comunità nell'adempimento dei suoi compiti e astenersi da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione di tali scopi. Politiche comunitarie e scopi del Trattato potrebbero essere compromessi anche qualora gli Stati membri potessero contrarre impegni internazionali comprendenti norme atte ad incidere su disposizioni adottate in settori rientranti in politiche comuni, oppure ne modificano la portata³⁸. In senso parzialmente difforme, il parere 1/94 ha affermato che per aversi competenza esterna della Comunità occorre che essa l'abbia già esercitata sul piano interno, non essendo sufficiente a tal fine la possibilità di poterlo fare in futuro³⁹. Questo comporta che la competenza è comunitaria rispetto a quelle materie in cui esiste una normativa comunitaria, mentre rimane in capo agli Stati membri, e, quindi, non è competenza esclusiva della Comunità, quando non vi sia alcuna normativa comunitaria nella materia di cui si tratta.

Il problema della competenza esterna ricavata da norme del Trattato CE, o attraverso derivazione implicita dall'articolo 308 (ex art. 235) dello stesso Trattato CE, quale condi-

e degli scambi internazionali, 1994, p. 583 ss.; NEUWAHL, *Shared Powers or Combined Incompetence? More on Mixity*, in *Common Market Law Review*, 1996, p. 667 ss.

³⁸ Parere della Corte di Giustizia 19 marzo 1993, 2/91, in *Raccolta* 1993, p. I-1061 ss., relativo alla Convenzione n. 170 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro sulla sicurezza durante l'impiego di sostanze chimiche sul lavoro; v. *supra* in questo capitolo nota 27.

³⁹ V. *supra* in questo capitolo nota 21.

zione legittimante l'esercizio della competenza esclusiva esterna della Comunità, non può che trovare soluzione positiva in relazione all'Accordo sugli appalti pubblici⁴⁰.

Al di fuori dei casi di competenza esterna esclusiva della Comunità stabiliti dal Trattato CE⁴¹, l'avvenuta adozione di norme comuni limita la competenza degli Stati membri, sia nell'ordinamento comunitario, sia in quello internazionale.

Pertanto, la presenza degli Stati membri, quali parti dell'Accordo del 1994, deve essere considerata una forma di garanzia prestata dagli Stati membri all'osservanza delle obbligazioni assunte dalla Comunità europea⁴². A confermare la

⁴⁰ Questo è confermato dal preambolo della Decisione 94/800/CEE, in *G.U.C.E.* 23.12.94, n. L 336, p. 291 ss., dove si legge: «considerando che una parte degli impegni figuranti nell'accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio, compresi gli allegati, rientra nelle competenze della Comunità ai sensi dell'articolo 113 del trattato; che inoltre, per quanto concerne la parte restante, alcuni impegni riguardano le norme comunitarie adottate in virtù degli articoli 43, 54, 57, 66 e 75, dell'articolo 84, paragrafo 2 e degli articoli 99, 100, 100 A e 235 e possono pertanto essere assunti soltanto dalla Comunità». E gli appalti pubblici trovano la loro base giuridica proprio nell'art. 95 (ex art. 100A) relativo al ravvicinamento delle legislazioni nazionali ai fini dell'instaurazione e del funzionamento del mercato interno, v. *supra* capitolo 1, par. 1.3.1.

⁴¹ In relazione a settori specifici, quali la ricerca e lo sviluppo tecnologico, l'ambiente e la cooperazione allo sviluppo, rispetto ai quali il Trattato CE prevede la competenza della Comunità a concludere accordi - artt. 170, 174 e 181, rispettivamente ex art. 130M, 130R e 130Y del Trattato CE -, la Corte aveva in precedenza delineato l'esistenza, in via generale, di una competenza della Comunità a concludere accordi in tutti i settori nei quali potesse legittimamente adottare atti normativi - v. Parere 1/76, cit., relativo alla compatibilità con le norme del Trattato di un progetto di «Accordo relativo all'istituzione di un fondo europeo d'immobilizzazione della navigazione interna», v. *infra* in questo capitolo nota 17.

⁴² La spiegazione, in relazione all'accordo istitutivo dell'OMC, è stata avanzata in dottrina da TOGNAZZI, *Il parere No. 1/94: nuovi sviluppi in tema di relazioni esterne della Comunità europea*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1996, p. 75 ss. e fermamente sostenuta da PESCATORE, *Opinion 1/94 on 'Conclusion' of the WTO Agreement: is there an escape from a programmed disaster?*, in *Common Market Law Review*, 1999, p. 387 ss., che

competenza esclusiva della Comunità nella conclusione dell'Accordo del 1994 ricordiamo che il testo dell'Accordo sugli appalti pubblici non è mai comparso nel procedimento legislativo italiano di ratifica dell'accordo istitutivo dell'Organizzazione mondiale del commercio⁴³, né nella successiva legge di ratifica⁴⁴. Solo la Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee ha pubblicato l'Accordo sugli appalti pubblici del 1994⁴⁵, successivamente tradotto in tutte le lingue comunitarie, quindi anche in lingua italiana⁴⁶. Inoltre, in tutti i documenti relativi agli appalti pubblici, successivi all'Accordo del

nella sua revisione critica del parere 1/94 afferma: «This pointless discussion on services and intellectual property rights unleashed by the Commission's request left completely untouched the true reasons which required some form of association between the Community and the Member States in the signature and the acceptance of the WTO Agreement. Such association was indeed necessary in order to accomplish the transfer from the old GATT to the new World Trade Organization and secure an appropriate place for the Community in the new complex», p. 391. Seguendo quest'analisi, Pescatore afferma che tutto l'accordo istitutivo dell'OMC rientra nella competenza esclusiva comunitaria, come stabilita dall'art. 133 del Trattato CE. V. *infra*, par. 2.1.3.

⁴³ Nel disegno di legge n. 809 presentato al Senato della Repubblica (XII legislatura) per la ratifica dell'Uruguay Round, il volume I si limita a riportare il titolo, in lingua francese, degli accordi plurilaterali di cui all'Allegato 4 all'Accordo, p. 435, mentre riporta per esteso il contenuto di tutto il quadro giuridico della futura Organizzazione mondiale del commercio. Analogamente il volume II, offre la traduzione, non ufficiale, in italiano di tutto il pacchetto dei negoziati conclusi nell'Uruguay Round, ad eccezione degli accordi commerciali plurilaterali, p. 981.

⁴⁴ Gli Accordi di Marrakesh sono stati ratificati dall'Italia con legge 29 dicembre 1994, n. 747, pubblicata sul supplemento ordinario alla GU n. 1 del 10.1.1995. Il testo dei quattro accordi plurilaterali, tra cui quello sugli appalti pubblici, non è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, che si limita a riportarne i titoli nell'elenco degli accordi ratificati.

⁴⁵ Il testo, in inglese, dell'accordo plurilaterale sugli appalti pubblici è stato pubblicato, quale parte della decisione del Consiglio 94/800/CEE, sulla G.U.C.E. 23.12.94, n. L 336, p. 291 ss.

⁴⁶ La traduzione italiana dell'Accordo sugli appalti pubblici del 1994, curata dai servizi linguistici dell'Unione Europea, è stata pubblicata sulla G.U.C.E. n. C 256 del 23.9.96.

1994, non compaiono mai gli Stati membri, ma sempre, ed esclusivamente, la Comunità europea⁴⁷.

Peraltro, se ritenessimo di trovarci di fronte ad un accordo misto, cioè in una materia appartenente alla competenza concorrente della Comunità e degli Stati membri, si porrebbe il problema di distinguere gli obblighi ed i diritti che spettano rispettivamente alla Comunità e agli Stati membri sul piano internazionale, considerato che l'Accordo sugli appalti pubblici del 1994 non contiene alcuna clausola sulla competenza⁴⁸. Pur non condividendo questa soluzione rileviamo che ri-

⁴⁷ Tutte le appendici dell'Accordo del 1994 nominano la Comunità, non gli Stati membri; all'interno dello spazio dedicato alla Comunità si differenziano le liste dei singoli Stati membri. Più rilevante è che tutte le notificazioni di modifica delle Appendici sono fatte esclusivamente alla Comunità, non ai singoli Stati membri. Nello stesso modo, tutte le azioni avanti all'Organo di composizione delle controversie vedono esclusivamente la Comunità, sia quale richiedente sia quale resistente.

⁴⁸ Le clausole che definiscono gli ambiti di competenza della Comunità e degli Stati membri, in ipotesi di partecipazione congiunta ad uno stesso accordo, pur non essendo state inserite nell'accordo istitutivo dell'Organizzazione mondiale del commercio, sono state spesso inserite nei trattati internazionali conclusi dalla Comunità. Ne sono un esempio, la Convenzione di Vienna per la protezione dello strato di ozono del 22 marzo 1985, in G.U.C.E. 31 ottobre 1988, n. L 297, n. 10 ss. e la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, firmata a Montego Bay il 10 dicembre 1982, che, attraverso l'allegato IX, impone alla Comunità e agli Stati membri di specificare, al momento dell'accettazione della convenzione, quali siano i soggetti obbligati e titolari di diritto per ciascuna materia. In altri casi è lo Statuto di un'organizzazione internazionale a definire l'ambito delle competenze rispettive della Comunità e dei suoi Stati membri. Ad esempio, lo Statuto dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'alimentazione e l'agricoltura (FAO) è stato modificato, il 26 novembre 1991, per consentire l'ammissione della Comunità in qualità di membro. In particolare è stata inserita una dichiarazione di competenza in cui sono specificate le questioni sulle quali gli Stati membri hanno trasferito la competenza alla Comunità, e, quindi, rispetto alle quali è la Comunità che può impegnarsi sul piano internazionale. Questo non ha impedito il sorgere di una controversia tra istituzioni comunitarie sul diritto di voto relativamente ad una convenzione in materia di pesca, v. sentenza 19 marzo 1996, causa C 25/96, *Commissione c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1996, p. I-1469 ss.

tenendo gli Stati membri e la Comunità una unica parte contraente nei confronti degli Stati terzi contraenti, la ripartizione delle competenze avrebbe rilievo solo all'interno dell'ordinamento comunitario⁴⁹. Infatti, la Corte di Giustizia ha chiaramente evidenziato come la suddivisione delle competenze sia un problema interno alla Comunità⁵⁰, che può trovare solu-

La sentenza è stata annotata da, ADAM, *Sul diritto di voto della Comunità europea in seno alla FAO per l'adozione di accordi in materia di pesca*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 1997, p. 165 ss.; GAUTIER, in *Journal du droit international*, 1997, p. 512 ss.; BURROWS, in *European Law Review*, 1997, p. 64 ss.

⁴⁹ Illuminanti sul problema le considerazioni di POCAR, *The Decision-Making Processes of the European Community in External Relations*, in *The EU as an Actor of International Relations*, Atti del Convegno di Macerata 5-7 aprile 2001, in corso di pubblicazione: «A separate discussion is to be made for *mixed agreements* which, as they are not completely included within the power of the Community, necessarily require the participation of the Member States alongside the Community institutions. The role of the Member States should be limited to areas that lie outside the exclusive power of the Community, but in reality such agreements are the instrument favoured by States to further their interests. Such agreements, created by Community practice, never expressly mentioned in the treaties, were officially recognised with the Treaty of Nice which, in Article 133(6), lays down that for the conclusion of agreements in connection with the exchange of audiovisual and cultural, educational, social and human health-related services, there must be a Community decision in compliance with Article 300 and the common will of the Member States, with a joint conclusion of the agreement by the Community and the Member States».

⁵⁰ V. in particolare la deliberazione 14 novembre 1978, 1/78, secondo l'art. 103, terzo capoverso, del Trattato CEEA, *Progetto di convenzione dell'Agenzia internazionale per l'energia atomica relativa alla protezione, all'installazione e al trasporto di materiali nucleari*, in *Raccolta* 1978, p. 2151 ss., dove la Corte ha affermato che «non è necessario rendere nota e immutabile, nei confronti delle altre parti contraenti dell'accordo o della convenzione, la ripartizione dei poteri in materia tra la Comunità e gli Stati membri (...) Nei confronti delle altre parti contraenti sarà sufficiente dichiarare che in materia sussiste una suddivisione dei poteri nell'ambito della Comunità, restando inteso che il preciso carattere di tale suddivisione è una questione interna sulla quale gli Stati terzi non devono intervenire», punto 35. V. *supra* in questo capitolo nota 18.

zione in accordi interni⁵¹, e che non interferisce con i criteri di attribuzione della responsabilità per inadempimento ai trattati internazionali, criteri che restano disciplinati dal diritto internazionale.

2.1.2. La procedura per concludere gli accordi della Comunità europea.

2.1.2.1 Il ruolo della Commissione e del Consiglio nella negoziazione e nella conclusione degli accordi in materia di appalti pubblici.

Nell'ambito del Trattato CE, l'articolo 300 (ex art. 228) regola in via generale la procedura per la conclusione degli accordi da parte della Comunità⁵². In proposito, il terzo comma di quest'articolo dispone espressamente, che, qualora si debbano negoziare accordi con paesi terzi, su raccomandazione della Commissione, il Consiglio autorizza quest'ultima ad aprire i negoziati, a condurli in consultazione con un comitato speciale designato dal Consiglio⁵³ e nel quadro delle direttive date dal Consiglio medesimo.

⁵¹ V. i rilievi della Corte di Giustizia quando ha affermato la competenza degli Stati membri, piuttosto che della Comunità, a provvedere al contributo per il finanziamento dell'aiuto allo sviluppo previsto dalla III Convenzione di Lomè, relativa all'associazione con gli Stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico, v. sentenza 2 marzo 1994, C 316/91, *Parlamento c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1994, p. I-625 ss. La sentenza è stata annotata da, BARENTS, in *Common Market Law Review*, 1995, p. 249 ss.; GAUTIER, in *Journal du droit international*, 1995, p. 419 ss.

⁵² La norma è stata modificata sia dal Trattato di Amsterdam, del 20 ottobre 1997, entrato in vigore il 1° maggio 1999, sia dal Trattato di Nizza, firmato il 26 febbraio 2001 e non ancora entrato in vigore. Cfr. VENTURINI, in POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 1000 ss. e BARUFFI, nello stesso volume, p. 1117 ss.

⁵³ Ricordiamo che il Trattato di Nizza ha modificato la disposizione stabilendo l'obbligo della Commissione di riferire periodicamente al comitato

Le rilevanti funzioni attribuite al Consiglio nella fase di negoziazione trovano spiegazione nel ruolo decisivo che quest'istituzione ha nella conclusione degli accordi. Spetta, infatti, in via generale al Consiglio provvedere alla conclusione di un accordo internazionale, deliberando a maggioranza qualificata, su proposta della Commissione⁵⁴. Diversamente, quando l'accordo riguardi un settore per il quale è richiesta l'unanimità sul piano interno e quando si tratti di accordi di associazione, il Consiglio provvede all'unanimità⁵⁵.

Nella prassi per molti anni sono stati adottati a questo fine dei regolamenti⁵⁶. Successivamente il Consiglio ha preferito fare ricorso prevalente alle decisioni, anche per evitare che l'utilizzazione di un regolamento possa indurre a trarre conseguenze nel senso di un'applicazione diretta dell'accordo nell'or-

speciale sui progressi dei negoziati, v. art. 300, par. 3, secondo capoverso, ultima frase del Trattato CE.

⁵⁴ La deliberazione a maggioranza qualificata diviene la regola nel nuovo art. 133, come sarà modificato con l'entrata in vigore del Trattato di Nizza. Infatti, la deliberazione all'unanimità sarà limitata ai soli accordi di politica commerciale comune che contengano disposizioni per le quali è richiesta l'unanimità per l'adozione di norme interne o qualora l'accordo riguardi un settore nel quale la Comunità non ha ancora esercitato, con l'adozione di norme interne, le sue competenze. Come osservato da POCAR, *The Decision-Making Processes of the European Community in External Relations*, in CANNIZZARO, *The EU as an Actor of International Relations*, Atti del Convegno di Macerata 5-7 aprile 2001, in corso di pubblicazione, «This variety of deliberative *quorums* is of fundamental importance, particularly in view of the enlargement of the European Union, since the removal of the requirement of unanimity facilitates the reaching of a consensus, thus avoiding the paralysis of an international agreement by any single State».

⁵⁵ V. art. 300, par. 3, del Trattato CE, come modificato dal Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992, entrato in vigore il 1° novembre 1993.

⁵⁶ L'originaria formulazione dell'art. 228, divenuto art. 300, par. 2, del Trattato CE si limitava a stabilire che gli accordi erano conclusi dal Consiglio, senza nulla specificare in tema di procedimento di conclusione. Cfr. CREMONA, *External Economic Relations and the Amsterdam Treaty*, in O'KEEFFE, TWOMEY, *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Oxford, 1999, p. 117 ss.

dinamento comunitario⁵⁷. La modifica apportata all'articolo 300, paragrafo 2, dal Trattato di Amsterdam sembrerebbe presupporre che gli accordi siano conclusi a mezzo di decisioni. Tuttavia, è stato rilevato che l'espressione utilizzata non sembra effettivamente escludere che l'atto relativo alla conclusione di un accordo internazionale della Comunità possa avere natura di regolamento⁵⁸. Altri hanno suggerito sarebbe stato preferibile prevedere per la conclusione degli accordi un atto specifico, da inquadrare nella categoria degli atti atipici⁵⁹.

È certo, invece, che la norma, opportunamente, distingue tra firma e conclusione degli accordi. Nel caso in cui la stipulazione dell'accordo avvenga in forma solenne, la relativa decisione è adottata posteriormente alla firma ed è pubblicata nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee. Diversamente, nel caso in cui l'accordo sia concluso in forma semplificata⁶⁰, questo entra in vigore per effetto della sola sottoscrizione del testo e non necessita di pubblicazione.

Il paragrafo 4 dell'articolo 300 del Trattato CE prevede che il Consiglio possa abilitare la Commissione ad approvare, a nome della Comunità, eventuali adattamenti dell'accordo con una procedura semplificata⁶¹.

⁵⁷ V. *infra* in questo capitolo par. 2.3.

⁵⁸ Così VENTURINI, in POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 1002.

⁵⁹ L'osservazione è di GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Bari, 1999, p. 153.

⁶⁰ V. art. 12 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969. Cfr. CONFORTI, *Diritto internazionale*, V ed., Padova, 1999, p. 71 ss.

⁶¹ Oltre alla previsione di cui all'art. 300 del Trattato CE, ci sono altri casi in cui il potere di concludere accordi spetta alla Commissione. Un'ipotesi è prevista nell'art. 7 del Protocollo sui privilegi e sulle immunità delle Comunità europee in relazione ad accordi da concludere per far riconoscere i lasciapassare della Comunità, dati ai membri ad agli agenti delle istituzioni, come titoli di viaggio validi sul territorio degli Stati terzi. Altre ipotesi sono implicite nel compito assegnato alla Commissione di attuare i collegamenti fra la Comunità, da una parte, e l'Organizzazione delle Nazioni Unite, i relativi

Questo punto deve essere sottolineato, specialmente con riferimento all'Accordo sugli appalti pubblici. In questo Accordo, infatti, è previsto che, in un momento successivo alla sua conclusione, siano attivati dei meccanismi di aggiornamento delle liste e degli allegati, aggiornamenti che incidono sull'effettivo ambito di applicazione dell'Accordo modificandone i contenuti⁶², e che ben possono essere introdotti attraverso accordi in forma semplificata⁶³ sottoscritti dal Consiglio oppure dalla Commissione, nel caso di cui all'articolo 300, paragrafo 4 del Trattato CE.

Peraltro la Commissione ha cercato di estendere autonomamente i propri poteri. In primo luogo ha giustificato sul piano tecnico questo atteggiamento configurando una categoria di accordi amministrativi, alla cui conclusione avrebbe potuto provvedere da sola⁶⁴. In secondo luogo, ha sostenuto di poter concludere accordi in quei casi in cui esiste un potere parallelo della stessa Commissione ad adottare atti normativi. L'accordo più importante che la Commissione ha concluso, appoggiandosi a questa previsione dell'articolo 300 del Trattato CE, è certamente quello del settembre 1991 con gli Stati Uniti in merito all'applicazione della rispettiva normativa sulla concorrenza⁶⁵. Pochi anni dopo, però, la Corte di Giustizia ha

istituiti specializzati e qualsiasi organizzazione internazionale (art. 302, ex art. 229, del Trattato CE), di realizzare ogni utile forma di cooperazione con il Consiglio d'Europa (art. 303, ex art. 230, del Trattato CE), di realizzare una stretta collaborazione con l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico, OCSE (art. 304, ex art. 321, del Trattato CE).

⁶² V. *supra*, capitolo 1, par. 1.2.4.2.

⁶³ Sulle problematiche relative agli accordi in forma semplificata nell'ordinamento nazionale, cfr. UDINA, *Gli accordi internazionali in forma semplificata e la Costituzione italiana*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1961, p. 201 ss.

⁶⁴ Ed in questa categoria potrebbero rientrare gli aspetti propriamente tecnici degli accordi gli appalti pubblici, v. *infra* in particolare nota 68.

⁶⁵ Accordo sull'applicazione delle normative sulla concorrenza, Washington, 23 settembre 1991, in *Rivista di diritto internazionale*, 1992, p. 849 ss.,

accolto il ricorso, proposto dalla Francia, per l'annullamento dell'atto con cui la Commissione ha concluso l'accordo⁶⁶. In particolare, la Corte ha dichiarato che «la competenza interna non è tale da modificare la ripartizione delle competenze tra le istituzioni comunitarie in materia di conclusione di accordi internazionali, ripartizione che è fissata dall'art. 228» (diventato art. 300) e dal principio generale di attribuzione di cui all'art. 7 (ex art. 4) del Trattato CE⁶⁷. Vale a dire, la dottrina del parallelismo delle competenze può essere applicata solo nei rapporti tra Comunità e Stati membri, non per disciplinare la ripartizione di competenze tra la Commissione ed il Consiglio.

Per quanto concerne specificamente gli appalti pubblici, rileviamo che la Commissione esercita la sua competenza in consultazione con un comitato speciale, il Comitato 133/Appalti Pubblici, designato dal Consiglio per assisterla in questo

commentato da CANNIZZARO, *Sulla competenza della Commissione C.e.e. a concludere accordi internazionali*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1992, p. 657 ss.

⁶⁶ Sentenza della Corte di Giustizia 9 agosto 1994, causa c 327/91, *Francia contro Commissione*, in *Raccolta*, 1994, p. I-3641 ss. Per un commento su tale pronuncia, FOGLIA, SAGGIO, in *Il Corriere giuridico*, 1994, p. 1522 ss.; RILEY, *The Jellyfish Nailed? The Annulment of EC/US Competition Cooperation Agreement*, in *European Competition Law Review*, 1995, p. 185 ss.; SCHUSTER, in *American Journal of International Law*, 1995, p. 136 ss.; BURROWS, in *European Law Review*, 1995, p. 210 ss.; KINGSTON, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1995, p. 659 ss.; KADDOUS, in *Cahiers de droit européen*, 1996, p. 613 ss.

⁶⁷ La Commissione per difendere la sua posizione aveva, infatti, prospettato un'interessante variante della dottrina del parallelismo. In quanto competente per l'attuazione del diritto comunitario della concorrenza, avrebbe dovuto anche la competenza esterna a concludere accordi internazionali nella stessa materia. Successivamente, per far fronte alla situazione venutasi a creare a seguito della pronuncia di annullamento della Corte di Giustizia, il Consiglio ha concluso lo stesso accordo con gli Stati Uniti, v. *G.U.C.E.* 27.4.1995, n. L 95, p. 47 ss. Cfr. MEGLIANI, *Lo Helms-Burton Act, ovvero la difficoltà di intrattenere relazioni commerciali ai tempi della WTO*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1999, p. 663 ss.

compito e nel quadro delle direttive che il Consiglio le impartisce⁶⁸.

L'articolo 300, par. 6, del Trattato CE dispone, in via generale, che, nel caso di conclusione di accordi tra la Comunità e Stati terzi, il Consiglio, la Commissione o uno Stato membro possano domandare preventivamente il parere della Corte di Giustizia circa la compatibilità dell'accordo previsto con le disposizioni del Trattato CE, e che, nel caso di parere negativo, l'accordo possa entrare in vigore solo alle condizioni previste per la modificazione del Trattato istitutivo, di cui all'articolo 48 del Trattato dell'Unione Europea.

2.1.2.2. *Il ruolo del Parlamento. La sentenza, Parlamento europeo contro Consiglio, per l'annullamento delle decisioni relative agli accordi Stati Uniti-Comunità europea in materia di appalti pubblici.*

Un certo ruolo rispetto alla conclusione degli accordi è attribuito anche al Parlamento, ma è un ruolo ancora molto

⁶⁸ Il primo Comitato speciale per la politica commerciale comune è stato istituito in applicazione delle disposizioni transitorie dell'articolo 111 del Trattato di Roma. Esso era composto da alti funzionari degli Stati membri competenti nel settore della politica commerciale. In occasione dell'avvio dei negoziati del Tokyo Round nel 1973 (v. *supra* capitolo 1, par. 1.2.2.) è apparsa la necessità di convocare più frequenti riunioni del Comitato. Di conseguenza è stato istituito un 'Comitato in formazione di supplenti' che si riunisce di norma settimanalmente, mentre il comitato nella formazione di 'titolari' si riunisce con frequenza mensile. Il Comitato 133 supplenti è composto di delegati che per la maggior parte sono in servizio presso le rappresentanze permanenti degli Stati membri a Bruxelles. Seguendo lo stesso criterio il Consiglio ha istituito anche comitati settoriali, tra cui quello per gli appalti pubblici, Comitato 133/Appalti Pubblici, v. risposta alle interrogazioni presentata da alcuni parlamentari europei al Consiglio, in *G.U.C.E.* 18.9.2001, n. C 261 E, p. 22 ss. Cfr. SANVITI, *Amministrazione a più strati: l'esempio del commercio nazionale e sopranazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2000, p. 1062 ss.

limitato. Questo spiega perché il Parlamento abbia sostenuto tesi restrittive circa la nozione di politica commerciale comune, in particolare in occasione della conclusione dell'Accordo istitutivo dell'Organizzazione mondiale del commercio⁶⁹.

Per gli accordi esclusi dall'ambito di applicazione dell'articolo 133, il Parlamento esprime di regola un parere non vincolante che deve essere dato «nel termine che il Consiglio può fissare in funzione dell'urgenza. In mancanza del parere entro detto termine il Consiglio può deliberare»⁷⁰. Invece, per una specifica categoria di accordi il ruolo del Parlamento è assai più significativo, in quanto, in alcuni casi, il Consiglio può deliberare la conclusione dell'accordo solo in presenza di un «parere conforme dello stesso Parlamento»⁷¹. In questo modo la disposizione istituisce un raccordo tra le regole sulla ripartizione dei poteri al fine di adottare atti normativi comunitari, e le regole concernenti i poteri per concludere accordi internazionali, in modo che il Consiglio non possa ricorrere ad un accordo con uno Stato terzo per vanificare quanto è stabilito nel Trattato rispetto all'esercizio dei poteri normativi. Questo raccordo, però, non è completo, perché al Parlamento spetta

⁶⁹ V. *supra* in questo capitolo par. 2.1.1.2.

⁷⁰ Art. 300, par. 3, prima parte, del Trattato CE. Come rileva POCAR, *The Decision-Making Processes of the European Community in External Relations*, in CANNIZZARO, *The EU as an Actor of International Relations*, Atti del Convegno di Macerata 5-7 aprile 2001, in corso di pubblicazione: «As regards trade agreements the Treaty continues to be insufficient, because the present text of Article 133 does not provide for any intervention by the Parliament. It is true that the provision declares the applicability of the relevant dispositions of Article 300, but in para. 3 this article excludes Article 133 from cases in which the opinion of the Parliament is required».

⁷¹ Sono compresi in questa categoria gli accordi di associazione, di cui all'articolo 310 (ex art. 238) del Trattato CE, «nonché gli altri accordi che creano un quadro istituzionale specifico organizzando procedure di cooperazione, gli accordi che hanno ripercussioni finanziarie considerevoli per la Comunità e gli accordi che implicano la modifica di un atto adottato secondo la procedura di cui all'art. 251» (ex art. 189B) del Trattato CE, v. art. 300, par. 3, secondo capoverso, del Trattato CE.

soltanto il potere di esprimere un parere non vincolante anche nei casi in cui l'accordo internazionale riguardi un settore per il quale è richiesta sul piano interno la procedura di codécisione⁷², piuttosto che la procedura di cooperazione⁷³, ad eccezione del caso in cui l'accordo incida su un atto normativo già adottato.

Nella prassi il Consiglio e la Commissione informano il Parlamento europeo degli aspetti rilevanti della politica commerciale della Comunità. In particolare, secondo la procedura di Westerterp del 1973⁷⁴, le istituzioni comunitarie informano il Parlamento europeo dei negoziati di accordi commerciali con paesi terzi prima dell'avvio, nonché durante e al momento della conclusione di tali negoziati, mentre, per gli accordi commerciali di maggiore importanza, il Parlamento europeo è consultato conformemente alla dichiarazione di Stoccarda del 1983⁷⁵.

Tuttavia, dobbiamo ricordare che le discussioni del Comitato 133/Appalti Pubblici⁷⁶, le proposte ed i documenti di lavoro presentati dalla Commissione e, più in generale, tutti i documenti che registrano i risultati dei lavori interni in materia commerciale non sono accessibili, ma appartengono a quelle categorie di documenti di cui è tutelata la segretezza⁷⁷.

⁷² La procedura di codécisione è disciplinata dall'art. 251 (ex art. 189B) del Trattato CE. V. PIETROBON, in POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 867 ss.

⁷³ La procedura di cooperazione è disciplinata dall'art. 252 (ex art. 189C) del Trattato CE. V. PIETROBON, in POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 869

⁷⁴ La procedura di Westerterp è conosciuta anche come procedura Luns II, v. CURTI GIALDINO, *Il Trattato di Maastricht sull'Unione europea. Genesi, struttura, contenuto*, Roma, 1993, p. 254.

⁷⁵ V. POCAR, *The Decision-Making Processes of the European Community in External Relations*, in CANNIZZARO, *The EU as an Actor of International Relations*, Atti del Convegno di Macerata 5-7 aprile 2001, in corso di pubblicazione

⁷⁶ V. *supra* in questo capitolo nota 68.

⁷⁷ V. decisione del Consiglio 93/731/CE del 20.12.1993, relativa all'ac-

Guardando alla giurisprudenza della Corte di Giustizia troviamo un interessante caso in cui il Parlamento ha proposto ricorso per annullamento, ex articolo 230 (ex art. 173) del Trattato CE, della decisione del Consiglio 93/323/CEE, relativa alla conclusione dell'accordo in forma di Memorandum d'intesa tra la Comunità e gli Stati Uniti, e della decisione 93/324/CEE, relativa all'estensione del beneficio delle disposizioni della direttiva 90/531/CEE per quanto riguarda gli Stati Uniti d'America⁷⁸. In particolare, il Parlamento ha sostenuto che la competenza attribuita in materia di politica commerciale comune non possa essere la base giuridica posta a giustificazione delle due decisioni, che hanno esteso in via generale alle imprese statunitensi i benefici della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, specialmente per quanto riguarda la fornitura di servizi. L'estensione della disciplina comunitaria alle imprese di un paese non membro della Comunità poteva essere giustificata solo attraverso la procedura di cooperazione, e quindi con il relativo intervento del Parlamento nella conclusione dei due accordi internazionali. Infatti, le misure di liberalizzazione degli appalti riguardano l'esecuzione e la progettazione di lavori edilizia o di genio civile, i servizi informatici, di contabilità, pubblicitari e taluni servizi

cesso del pubblico dei documenti del Consiglio – in *G.U.C.E.* 31.12.1993, n. L 340, p. 43 ss. -, modificata dalle decisioni del Consiglio 96/705/CE del 6.12.1996 – in *G.U.C.E.* 14.12.1996, n. L 325, p. 19 ss. – e 2000/527/CE del 14.8.2000 – in *G.U.C.E.* 23.8.2000, n. L 212, p. 9 ss.

⁷⁸ V. *supra* capitolo 1, par. 1.2.3. Come vorremmo aver chiarito nel precedente capitolo, in applicazione del principio della preferenza comunitaria, l'art. 29 della direttiva 90/531/CEE stabilisce che un'offerta presentata per l'aggiudicazione di un appalto di forniture possa essere respinta quando la parte dei prodotti originari di paesi terzi sia superiore al 50% dal valore totale dei prodotti che compongono l'offerta stessa ed impone, in caso d'equivalenza, che sia prescelta l'offerta di origine comunitaria. La disciplina, chiaramente, non è applicabile ai prodotti originari dei paesi terzi con cui la Comunità abbia concluso un accordo che assicuri un accesso comparabile ed effettivo delle imprese comunitarie ai loro appalti.

finanziari, di conseguenza, non possono trovare la loro base giuridica nel solo articolo 133 del Trattato CE, che riguarda le sole ipotesi di fornitura transfrontaliera⁷⁹. La Corte ha accolto la richiesta di annullamento⁸⁰, ma ne ha limitato gli effetti, in forza dell'articolo 231 (ex art. 174) del Trattato CE⁸¹, in considerazione sia del fatto che determinate imprese potevano aver già esercitato i diritti loro riconosciuti in base agli accordi ed alle due decisioni di attuazione, sia del fatto che gli accordi erano già scaduti⁸².

Alla luce di questa decisione e delle osservazioni relative alla base giuridica della competenza comunitaria per la negoziazione e conclusione di accordi internazionali in materia di appalti pubblici, riteniamo che, in questa materia, il Consiglio non possa deliberare in mancanza del parere preventivo del Parlamento europeo, come previsto dalla procedura di cooperazione⁸³.

⁷⁹ V. *infra* in questo capitolo par. 2.1.1.2. relativamente alla conclusione dell'accordo istitutivo dell'OMC.

⁸⁰ Sentenza del 7 marzo 1996, C 360/93, *Parlamento europeo contro Consiglio dell'Unione europea*, in *Raccolta*, 1996, p. I-1195 ss. Annotata da, FOOTER, in *Public Procurement Law Review*, 1996, p. CS148 ss.; HALFORD, in *European Law Review*, 1996, p. 478 ss.; CREMONA, in *Common Market Law Review*, 1997, p. 389 ss.

⁸¹ L'art. 231, ex art. 174, letteralmente limita la possibilità alla dichiarazione di invalidità di un regolamento. In altre pronunce, la Corte aveva ritenuto detto articolo espressione del più generale principio di certezza del diritto e, quindi, aveva ritenuto di poterne fare applicazione al di là dell'ipotesi espressamente contemplata. V. in particolare, sentenza 7 luglio 1992, causa 295/90, *Parlamento contro Consiglio*, in *Raccolta* 1992, p. I-5299 ss., annotata da ROSSI, *L'annullamento della direttiva comunitaria sul diritto di soggiorno degli studenti*, in *Foro Italiano*, 1993, IV, col. 1 ss.; O'LEARY, in *Common Market Law Review*, 1993, p. 639 ss.

⁸² La validità degli accordi tra la Comunità europea e gli Stati Uniti era stata prevista fino al 30 maggio 1995 e poi prorogata al 31 dicembre 1995, giorno precedente l'entrata in vigore del quadro giuridico dell'Organizzazione mondiale del commercio. V. *supra* capitolo 1, par. 1.2.3.

⁸³ Per quanto riguarda i negoziati e la conclusione di accordi internazionali in materia di proprietà industriale, ricordiamo che il Trattato di Nizza ha

2.1.3. *La partecipazione della Comunità europea all'Accordo del 1994.*

Affermata la competenza della Comunità europea a concludere l'Accordo sugli appalti pubblici del 1994, dobbiamo analizzare le conseguenze della sua effettiva partecipazione all'Accordo congiuntamente agli Stati membri.

Il problema deve porsi, anche perché nel preambolo dell'Accordo del 1994 è fatto espresso riferimento alle obbligazioni precedentemente assunte dagli Stati membri⁸⁴. In particolare, si afferma che le Parti Contraenti desiderano «conformemente all'articolo IX, paragrafo 6, lettera b, dell'accordo sugli appalti pubblici del 12 aprile 1979, modificato il 2 febbraio 1987, ampliare e migliorare l'accordo stretto su base di reciprocità ed estenderne il campo di applicazione ai contratti di servizi». E, come abbiamo visto nel precedente capitolo, le parti contraenti del Codice del 1979 erano, oltre ad altri paesi, gli Stati al tempo membri della Comunità europea, ma non la stessa Comunità.

Sebbene l'Accordo del 1994 non regoli espressamente i suoi rapporti con la precedente normativa internazionale, sembra corretto ritenere che la Comunità, divenendo parte contraente del nuovo Accordo, abbia riconosciuto il precedente accordo. Pur rimasta formalmente estranea alle trattative che hanno condotto alla redazione del Codice del 1979, ed alle successive modificazioni, nel preambolo dell'Accordo del 1994 ha manifestato il suo consenso ad obbligarsi al precedente trattato⁸⁵.

modificato il par. 7 dell'art. 300 del Trattato CE, espressamente prevedendo quale obbligatoria anche in questa materia la consultazione del Parlamento europeo.

⁸⁴ V. *supra* in questo capitolo, par. 2.1.1.3., le osservazioni relative alla partecipazione degli Stati membri all'Accordo sugli appalti pubblici.

⁸⁵ Affermiamo questo in forza alla lettura congiunta degli artt. 15 e 41 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969. Sulla sottoposi-

Il punto è rilevante sotto più di un profilo.

In primo luogo, è chiarito perché gli Stati membri della Comunità europea abbiano anch'essi sottoscritto l'Accordo del 1994. Solo gli Stati erano Parti Contraenti del Codice del 1979, quindi, era necessaria anche la loro sottoscrizione per permettere alla Comunità di diventare membro a pieno titolo dell'Accordo che sostituiva il Codice del 1979.

In secondo luogo, quale parte la Comunità assume, anche sul versante del diritto internazionale, l'obbligo di adempiere sia le obbligazioni discendenti dal Codice del 1979⁸⁶, sia le obbligazioni discendenti dall'Accordo del 1994. Questo in via autonoma, senza che venga in rilievo né la competenza della Comunità a stipulare l'Accordo del 1994, né attraverso quali strumenti sarà attuato l'adattamento agli impegni internazionali assunti, né quali saranno gli effetti dell'Accordo del 1994 nell'ordinamento comunitario, piuttosto che nell'ordinamento degli Stati membri.

Il problema è simile per tutti gli accordi conclusi nell'Uruguay Round. Sebbene la Corte di Giustizia abbia sempre affermato che le norme GATT fossero divenute parte integrante dell'ordinamento comunitario⁸⁷, la Comunità non era

zione della Comunità europea alla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati v. KUIJPER, *The Court and the Tribunal of the EC and the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969*, in *Legal Issues of European Integration*, 1998, p. 1 ss. Cfr. Anche STROZZI, *Il diritto dei trattati*, Torino, 1999.

⁸⁶ Diverso è, infatti, affermare che il Codice del 1979 è divenuto parte del diritto comunitario e, quindi, le istituzioni comunitarie sono obbligate a rispettarlo.

⁸⁷ V. sentenza 12 dicembre 1972, *International Fruit Company NV e altri contro Produktschap voor Groenten en Fruit*, C 21, 24/72, in *Raccolta*, 1972, p. 1219 ss., dove la Corte afferma, «in tutti i casi in cui, in forza del Trattato C.E.E., la Comunità ha assunto dei poteri, già spettanti agli Stati membri, nell'ambito di applicazione del G.A.T.T., le disposizioni di questo sono vincolanti per la Comunità stessa», punto 18 della motivazione. Cfr. PETERSMANN, *The EEC as GATT Member. Legal Conflicts between GATT Law and European Community Law*, in HILF, JACOB, PETERSMANN, *The European*

parte contraente del GATT⁸⁸. La Comunità è, invece, membro dell'Organizzazione mondiale del commercio⁸⁹. Di conseguenza la Comunità ha assunto il potere di esercitare la sua posizione di membro dell'Organizzazione in relazione a tutti gli accordi commerciali conclusi nel quadro OMC⁹⁰, sia quelli di cui agli Allegati 1, 2, e 3 dell'Accordo istitutivo dell'OMC⁹¹, sia quelli di cui all'Allegato 4 dell'Accordo istitutivo dell'OMC⁹². Tra questi ultimi è compreso l'Accordo sugli appalti pubblici.

Union and the GATT Law, London, 1986, p. 23 ss.; FLORY, *La Communauté européenne et le Gatt*, Rennes, 1995; anche TESAURO, *Rapporti tra la Comunità europea e l'OMC*, in *Rivista di Diritto Europeo*, 1997, p. 380 ss.

⁸⁸ Cfr. PETERSMANN, *The EEC as GATT Member. Legal Conflicts between GATT Law and European Community Law*, in HILF, JACOB, PETERSMANN, *The European Union and the GATT Law*, London, 1986, p. 23 ss., v. anche *supra* capitolo 1, in particolare par. 1.2.2.

⁸⁹ Cfr. KUIPER, *The Conclusion and Implementation of the Uruguay Round by the European Community*, in *European Journal of International Law*, 1995, p. 222 ss.; GOVAERE, *The Reception of the WTO Agreement in the European Union: The Legacy of GATT*, in DEMARET, BELLIS, *Regionalism and Multilateralism after the Uruguay Round*, Brussels, 1997, p. 703 ss.

⁹⁰ V., in particolare, PESCATORE, *Opinion 1/94 on 'Conclusion' of the WTO Agreement: is there an escape from a programmed disaster?*, in *Common Market Law Review*, 1999, p. 387 ss., che molto chiaramente afferma: «Whatever anyone may have thought formerly of the scope of "commercial policy", there is now a common definition of what "conduct of trade" means in the framework of WTO, empowering the EC to exercise its full membership rights inside the World Organization», p. 402.

⁹¹ Questo in forza dell'art. II, par. 2, dell'Accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio: «Gli accordi e gli strumenti giuridici ad essi attinenti di cui agli Allegati 1, 2 e 3 (in appresso denominati «Accordi commerciali multilaterali») costituiscono parte integrante del presente accordo e sono vincolanti per tutti i Membri». Sottolineiamo, tutti i Membri, non gli Stati membri.

⁹² Questo in forza dell'art. II, par. 3, dell'Accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio, «Gli accordi e gli strumenti giuridici ad essi attinenti di cui all'Allegato 4 (in appresso denominati «Accordi commerciali plurilaterali») fanno anch'essi parte integrante del presente accordo per i Membri che li hanno accettati, per i quali sono vincolanti. Gli accordi com-

2.2. *L'adattamento agli obblighi derivanti dall'Accordo del 1994 nel diritto comunitario.*

2.2.1. *Il procedimento ordinario di adattamento utilizzato per coordinare le norme internazionali con quelle dell'ordinamento comunitario.*

Le norme convenzionali, validamente formate, esplicano i loro effetti giuridici nell'ordinamento internazionale limitatamente ai soggetti che le hanno poste in essere. Ciò significa che questi soggetti sono vincolati al loro rispetto e che sono tenuti a dar loro applicazione nei loro ordinamenti interni⁹³. Sugli organi dei soggetti parte di un accordo internazionale ricade, dunque, il compito di garantire il coordinamento del proprio ordinamento e la corretta osservanza agli impegni internazionali assunti. Con il termine adattamento, infatti, si indica proprio quel procedimento, o quell'insieme di procedimenti, che gli ordinamenti parte di un accordo internazionale utilizzano al fine di consentire l'attuazione al loro interno delle norme internazionali, operando eventualmente tutte quelle modificazioni normative che si rendano necessarie per conformarsi al loro dettato. A questo proposito, ricordiamo che la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, pur non applicandosi ai trattati conclusi tra Stati e organizzazioni internazionali o tra di esse, precisa che gli accordi conclusi da organizzazioni internazionali possono produrre effetti

mercili plurilaterali non comportano obblighi né diritti per i Membri che non li hanno accettati».

⁹³ Richiamando le parole di PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale. Parte Prima*, VI ristampa, Padova, 1961, «L'accordo, quindi, è un processo di produzione giuridica, per il quale un soggetto in tanto è destinatario di una norma giuridica in quanto con la sua volontà ha, direttamente o indirettamente, concorso alla formazione dell'atto, dal quale è stata posta, ossia in quanto ha voluto che tale norma avesse rispetto a sé il valore di norma giuridica», p. 8.

regolati dal diritto internazionale⁹⁴. Chiaramente, il procedimento di adattamento presenta caratteri e contenuti diversi a seconda degli ordinamenti nei quali si pone, che possono prevedere modalità e meccanismi diversi per la sua realizzazione. Questo perché ogni ordinamento è libero di predisporre i meccanismi di adattamento che ritenga più idonei per dar corretta applicazione alle norme internazionali: il diritto internazionale non si occupa di indicare o di predisporre sistemi omogenei di adattamento, quello che rileva è che sia garantita l'osservanza degli impegni internazionali assunti⁹⁵.

È, dunque, alla luce dell'ordinamento comunitario, che deve essere risolto il problema dell'adattamento ad un accordo internazionale della Comunità, cioè delle modalità attraverso le quali le norme internazionali vengono integrate con quelle comunitarie, e con esse coordinate.

Il primo punto che deve essere affrontato è stabilire se gli accordi internazionali vincolino, oltre alla Comunità, anche gli Stati membri. È chiaro che gli Stati membri sono vincolati al rispetto degli accordi della Comunità, perché parti dell'ordinamento comunitario. Diverso è affermare che gli Stati sono in via autonoma e diretta vincolati al diritto internazionale pattizio contenuto in un accordo concluso dalla Comunità,

⁹⁴ L'art. 5 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati del 1969, precisa: «La presente convenzione si applica a qualsiasi trattato che rappresenti l'atto costitutivo di un'organizzazione internazionale e a qualsiasi trattato adottato in seno ad un'organizzazione internazionale, senza che ciò pregiudichi le norme pertinenti dell'organizzazione». Per testo della Convenzione v. LUZZATTO, POCAR, *Codice di diritto internazionale pubblico*, II ed., Torino, 2001, p. 33 ss.

⁹⁵ Come esprime molto chiaramente CONFORTI, *Diritto internazionale*, V ed., Padova, 1999, «l'osservanza del diritto internazionale da parte di uno Stato deve ritenersi affidata in primo luogo agli operatori giuridici, ed in particolare agli organi statali, di quello stesso Stato: detta osservanza passa cioè attraverso quelle norme, più o meno esistenti in tutti gli ordinamenti statali, che provvedono, come si dice, ad adattare il diritto interno al diritto internazionale», p. 294.

quindi siano tenuti ad immettere le norme internazionali derivanti da un accordo concluso dalla Comunità nell'ordinamento nazionale secondo le procedure individuate dalle norme interne di adattamento al diritto internazionale⁹⁶.

Prima facie, si potrebbe ritenere di trovare la soluzione del problema nella presenza, o nell'assenza, degli Stati membri quali parti contraenti l'accordo. La conclusione dell'accordo da parte della Comunità e da parte degli Stati membri sembrerebbe essere la condizione attraverso la quale risolvere il problema dell'adattamento agli obblighi internazionali derivanti dall'accordo stesso. In realtà, come abbiamo cercato di spiegare nel paragrafo precedente, per quanto riguarda l'Accordo sugli appalti pubblici non ha rilievo autonomo la partecipazione degli Stati membri alla negoziazione ed alla conclusione dell'Accordo⁹⁷. Invece, importanti conseguenze discendono dalla partecipazione della Comunità europea all'Accordo sugli appalti pubblici in qualità di membro a pieno titolo.

Riconoscendo nell'adattamento un procedimento autonomo, teso a garantire la piena osservanza degli obblighi internazionali assunti da un soggetto, ne consegue che l'ordinamento comunitario non può limitare il proprio obbligo di adattamento alla norma internazionale frazionandolo con gli Stati membri. Anche l'eventuale accordo interno di ripartizione della competenza fra Comunità e Stati membri in tema di adattamento, non potrebbe avere autonomo rilievo per il di-

⁹⁶ Come è stato evidenziato da PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale. Parte Prima*, VI ristampa, Padova, 1961, «I procedimenti, mediante i quali gli ordinamenti giuridici provvedono ad attuare la garanzia delle loro norme, si possono distinguere in due gruppi, che corrispondono a due distinti momenti od aspetti di tale garanzia (a) l'accertamento del diritto obbiettivo rispetto ad una determinata fattispecie; (b) l'attuazione coercitiva del diritto di un determinato caso concreto», p. 17.

⁹⁷ Se non nel senso di impegnare la Comunità a rispettare, quale parte, anche gli obblighi derivanti dai precedenti accordi GATT, di cui erano parti solo gli Stati membri. V. *supra* in questo capitolo par. 2.1.3.

ritto internazionale, a meno che la distinzione di rispettivi obblighi non sia precisata nello stesso accordo internazionale. Peraltro, a favore della vincolatività diretta dell'accordo sul piano internazionale degli Stati membri si era espressa la Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite nei lavori preparatori della Convenzione sul diritto dei trattati conclusi da Stati con organizzazioni internazionali o fra organizzazioni internazionali, ma la Convenzione, adottata nel 1986 a Vienna e non ancora ratificata, lascia aperto questo delicato problema strettamente correlato a quello della responsabilità internazionale degli Stati⁹⁸.

L'accordo, una volta concluso dalla Comunità, produce effetti nell'ordinamento comunitario, ponendo alle istituzioni comunitarie e agli Stati membri l'obbligo di attuarne le disposizioni coordinandole con quelle comunitarie⁹⁹. L'affermazione che gli accordi stipulati dalla Comunità formino, dal momento della loro entrata in vigore, parte integrante dell'ordinamento comunitario, è più volte affermata nella giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁰⁰. Nel caso *Kupferberg*¹⁰¹, la

⁹⁸ Anche la Convenzione sul diritto dei trattati fra Stati ed organizzazioni internazionali e fra organizzazioni internazionali, è pubblicata in LUZZATTO, POCAR, *Codice di diritto internazionale pubblico*, II ed., Torino, 2001, p. 68 ss. Su questa convenzione v. GAJA, *A «New» Vienna Convention on Treaties Between States and International Organizations or Between International Organizations: A Critical Commentary*, in *British Yearbook of International Law*, 1987, p. 253 ss.

⁹⁹ Come rilevato da GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Bari, 1999, la disposizione «ha la funzione di aprire l'ordinamento comunitario verso gli accordi stipulati dalla Comunità», p. 163.

¹⁰⁰ Sentenza 30 aprile 1974, causa C 181/73, R. & V. *Haegeman contro Belgio*, in *Raccolta* 1974, p. 229 ss., annotata da TIZZANO, in *Foro italiano*, 1974, IV, col. 311 ss.; ADAM, *Corte comunitaria e interpretazione in via pregiudiziale degli accordi di associazione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1975, p. 584 ss.; KOVAR, in *Journal du droit international*, 1976, p. 195 ss. V. anche *infra* in questo capitolo par. 2.3.

¹⁰¹ Ad esempio, nella sentenza della Corte di Giustizia 26 ottobre 1982, causa C 104/81, *Hauptzollamt Mainz contro C.A. Kupferberg & Cie KG a.A.*, in

Corte ha così chiarito il problema: «nel garantire il rispetto degli impegni derivanti da un accordo concluso dalle istituzioni comunitarie, gli Stati membri adempiono un obbligo non solo nei confronti del paese terzo interessato, ma anche e soprattutto verso la Comunità che si è assunta la responsabilità del corretto adempimento dell'accordo. In tal modo le disposizioni di accordi siffatti (...) costituiscono parte integrante dell'ordinamento giuridico comunitario».

Al momento della conclusione dell'accordo, le norme internazionali diventano parte integrante dell'ordinamento comunitario. L'effetto si produce in modo automatico al momento della conclusione dell'accordo, indipendentemente dall'atto contiene la manifestazione di volontà del Consiglio, atto che non necessariamente viene a svolgere la funzione di adattare l'ordinamento comunitario all'accordo stesso¹⁰².

Altro problema è quello del coordinamento delle norme comunitarie con quelle internazionali. Vengono qui in rilievo gli strumenti di produzione normativa previsti dal Trattato CE¹⁰³.

Raccolta, 1982, p. 3641 ss. La sentenza è stata annotata da, MARCHISELLO, *L'efficacia diretta degli accordi internazionali della Comunità europea dopo la sentenza Kupferberg*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1984, p. 259 ss.; TAGARAS, in *Cahiers de droit européen*, 1984, p. 15 ss.; CAEIROS, in *Revue du Marché Commun*, 1984, p. 526 ss.; LLAVERO, in *Legal Issues of European Integration*, 1984, n. 2, p. 83 ss.; BEBR, *Agreements concluded by the Community and their Possible Direct Effect: From International Fruit Company to Kupferberg*, in *Common Market Law Review*, 1983, p. 35 ss.

¹⁰² Nella sentenza 5 febbraio 1976, causa 87/75, *Conceria Daniele Bresciani contro Amministrazione Italiana delle Finanze*, in *Raccolta* 1976, p. 129 ss., l'atto del Consiglio che deliberava sull'accettazione di un accordo non è stato nemmeno richiamato al momento in cui la Corte ha considerato gli effetti, nell'ordinamento comunitario, di un accordo sulle tasse di effetto equivalente ai dazi doganali. La sentenza è stata annotata da, CITARELLA, in *Rivista di diritto europeo*, 1976, p. 248 ss.; WHITE, in *European Law Review*, 1976, p. 402 ss.

¹⁰³ V. art. 249 (ex art. 189) del Trattato CE. Sugli atti normativi delle istituzioni comunitarie, per tutti, v. POCAR, *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, VI ed., Milano, 2000, p. 235 ss.

Attraverso specifici atti di adattamento l'ordinamento comunitario deve essere coordinato con la norma internazionale convenzionale. Il diritto comunitario stabilisce quali sono i procedimenti di adattamento propri dell'ordinamento e quale ruolo debba essere riconosciuto agli Stati membri, sia nella fase di produzione normativa tesa all'adattamento, sia nella successiva fase di coordinamento delle disposizioni comunitarie con l'ordinamento nazionale.

Per quanto concerne specificamente l'accordo sugli appalti pubblici del 1994, il coordinamento con le norme dell'ordinamento comunitario è avvenuto attraverso due specifiche direttive.

2.2.2. *Le direttive di adattamento agli obblighi discendenti dall'Accordo sugli appalti pubblici del 1994.*

Le direttive 97/52/CE del 13 ottobre 1997¹⁰⁴, sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, lavori e forniture, e 98/4/CE del 16 febbraio 1998¹⁰⁵, sulle pro-

¹⁰⁴ In G.U.C.E. 28.11.1997, n. L 328, p. 1 ss. Quanto al procedimento legislativo seguito, v. per la proposta della Commissione, v. G.U.C.E. 3.6.1995, n. C 138, p. 1 ss.; per il parere del Comitato economico e sociale, v. G.U.C.E. 2.10.1995, n. C 256, p. 4 ss. e G.U.C.E. 22.7.1996, n. C 212, p. 13 ss.; il Parere del Parlamento europeo del 29 febbraio 1996, in G.U.C.E. 18.3.1996, n. C 212, p. 18 ss., la posizione comune del Consiglio del 20 dicembre 1996, in G.U.C.E. 9.4.1997, n. C 111, p. 1 ss. e la decisione del Parlamento europeo del 14 maggio 1997, in G.U.C.E. 2.6.1997, n. C 167, p. 1 ss. La prima proposta della Commissione per la modifica delle direttive servizi, forniture e lavori, è del 27 aprile 1995, in G.U.C.E. 3.6.1995, n. C 138, p. 1 ss.

¹⁰⁵ In G.U.C.E. 4.3.1998, n. L 101, p. 1 ss. Quanto al procedimento legislativo seguito, v. per la proposta della Commissione, v. G.U.C.E. 3.6.1995, n. C 138, p. 49 ss. e G.U.C.E. 29.1.1997, n. C 28, p. 4ss.; per il parere del comitato economico e sociale, v. G.U.C.E. 2.10.1995, n. C 256, p. 4 ss. e G.U.C.E. 22.7.1996, n. C 212, p. 13 ss.; il Parere del Parlamento europeo del 22 ottobre 1996, in G.U.C.E. 18.11.1996, n. C 347, p. 25 ss., la posizione comune del Consiglio del 20 dicembre 1996, in G.U.C.E. 9.4.1997, n. C 111, p. 65 ss., e la

cedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto, nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, hanno modificato la legislazione comunitaria al fine di adattarla alla normativa introdotta dall'Accordo sugli appalti pubblici del 1994¹⁰⁶.

Infatti, trattandosi di norme di un accordo internazionale che necessitano di una normativa specifica di attuazione, si pone il problema, non solo di integrarle nell'ordinamento giuridico comunitario, ma anche di coordinarle con la preesistente legislazione comunitaria¹⁰⁷. Nel caso di specie, il problema è particolarmente delicato perché, dovendo le procedure di aggiudicazione valere sia per gli operatori economici comunitari sia per gli operatori economici degli altri Stati parte dell'Accordo del 1994, un'eventuale discrepanza della relativa disciplina può comportare effetti discriminatori nei confronti degli operatori comunitari. Infatti, talune disposizioni dell'Accordo del 1994 creano per gli offerenti condizioni più favorevoli di quelle stabilite dalle direttive comunitarie. Non solo. Quando gli appalti sono aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici a norma dell'Accordo, le possibilità di accesso agli appalti pubblici di servizi, di forniture e di lavori offerte a norma del

decisione del Parlamento europeo del 14 maggio 1997, in *G.U.C.E.* 2.6.1997, n. C 167, p. 53 ss.

¹⁰⁶ Sulle diverse fasi del processo legislativo che ha portato alle direttive di adattamento, TREPTE, *The GPA and the Community Procurement Rules: Update on the Legislative Process*, in *Public Procurement Law Review*, 1996, p. CS159 ss.

¹⁰⁷ Ricordiamo che l'Accordo sugli appalti pubblici è entrato in vigore il 1° gennaio 1996, come previsto dal suo articolo XXIV (v. *supra*, par. 1.2.4.), e figura nell'Allegato IV dell'accordo che istituisce l'Organizzazione Mondiale del Commercio, di cui alla Decisione del Consiglio del 22 dicembre 1994, relativa alla conclusione a nome della Comunità europea, per le materie di sua competenza, degli accordi dei negoziati multilaterali dell'Uruguay Round (1986-1994), 94/800/CE, in *G.U.C.E.* 23.12.1994, n. L336, p. 1 ss., in particolare p. 273-289.

Trattato CE alle imprese e ai prodotti degli Stati membri sono ugualmente favorevoli delle condizioni di accesso agli appalti pubblici all'interno della Comunità previste dalle disposizioni dell'Accordo per le imprese e per i prodotti dei paesi terzi firmatari dell'Accordo stesso¹⁰⁸.

La ricerca della coerenza tra i due sistemi si è rivelata necessaria al fine di evitare discriminazioni a discapito degli operatori comunitari, ovvero di garantire che gli imprenditori ed i prestatori di servizi comunitari godano di un trattamento equivalente a quello riservato agli operatori economici concorrenti di paesi terzi contraenti l'Accordo del 1994. Queste direttive non attribuiscono, quindi, nuovi diritti alle imprese di paesi terzi, ma si limitano a stabilire una disciplina omogenea per le imprese dei paesi terzi e per le imprese comunitarie.

Le modifiche introdotte dalla direttiva 97/52/CE, rispettivamente alle direttive servizi, 92/50/CEE, forniture, 93/36/CEE, e lavori, 93/37/CEE, riguardano numerosi aspetti della disciplina¹⁰⁹.

Tra i più evidenti, troviamo l'adeguamento delle soglie per l'applicazione della disciplina¹¹⁰, la modifica dei termini di

¹⁰⁸ V. quinto e sesto considerando della direttiva 97/52/CE, che modifica le direttive 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione rispettivamente degli appalti pubblici di servizi, degli appalti pubblici di forniture e degli appalti pubblici di lavori, e della direttiva 98/4/CE, che modifica la direttiva 93/38/CEE che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni. In dottrina v. MATTERA, *Les nouvelles règles communautaires sur les marchés publics: cheval de Troie des pays tiers dans la «forteresse européenne»?*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1995, n. 4, p. 157 ss.

¹⁰⁹ Per un'approfondita analisi delle modificazioni introdotte, v. WILLIAMS, *The Long Awaited Directive (97/52/E.C.) Amending the E.C. Public Sector Procurement Regime*, in *Public Procurement Law Review*, 1998, p. 25 ss. Più brevemente, PALELLA, *La direttiva UE 97/52 e le modifiche sugli appalti di servizi, lavori e forniture*, in *Urbanistica e appalti*, 1998, p. 237 ss.

¹¹⁰ In particolare, l'art. 1, par. 1 e 3, della direttiva 97/52/CE, modifi-

pubblicità previsti per la ricezione delle offerte nelle procedure aperte come nelle procedure ristrette¹¹¹, nonché, in tema di regole comuni di partecipazione, la possibilità per gli Stati membri di autorizzare la presentazione delle offerte mediante qualsiasi mezzo che offra alcune garanzie individuate, ad esempio mediante posta elettronica¹¹².

Altre modifiche risultano, invece, essere significative in relazione al complesso sistema della disciplina degli appalti comunitari che ne deriva.

In primo luogo, viene introdotto, come previsto dall'articolo XVIII, paragrafi 2 e 4, dell'Accordo sugli appalti pubbli-

cano rispettivamente l'art. 7, par. 1 e 2, e l'art. 13 – in tema di concorsi di progettazione – della direttiva 92/50/CEE; l'art. 2, par. 1, della direttiva 97/52/CE, modifica l'art. 5 della direttiva 93/36/CEE; l'art. 3, par. 1, della direttiva 97/52/CE, modifica l'art. 6, par. 1 e 2 della direttiva 93/37/CEE. Sulla precisa definizione delle soglie si rinvia a quanto osservato *supra* al par. 1.1.2.

¹¹¹ In particolare, l'art. 1, par. 4 e 5, della direttiva 97/52/CE, modificano rispettivamente l'art. 18, par. 2, e l'art. 19, par. 4, della direttiva 92/50/CEE; l'art. 2, par. 3 e 4, della direttiva 97/52/CE, modificano rispettivamente gli artt. 10 e 11, della direttiva 93/36/CEE; l'art. 3, par. 3 e 4, della direttiva 97/52/CE, modificano rispettivamente l'art. 12, par. 2, e l'art. 13, della direttiva 93/37/CEE.

¹¹² La disposizione espressamente richiede che, oltre alla consegna diretta o a mezzo posta, gli Stati membri possano autorizzare la presentazione delle offerte con qualsiasi altro mezzo che consenta di garantire che: ogni offerta contenga tutte le informazioni necessarie alla sua valutazione; sia salvaguardata la riservatezza delle offerte in attesa della loro valutazione; se necessario per motivi di prova giuridica, le offerte siano confermate al più presto per iscritto o mediante invio di copia certificata; l'apertura delle offerte abbia luogo dopo la scadenza del termine previsto per la loro presentazione. Così, l'art. 1, par. 6, della direttiva 97/52/CE, aggiunge il par. 2, all'art. 23 della direttiva 92/50/CEE; l'art. 2, par. 5, della direttiva 97/52/CE, aggiunge il par. 3, all'art. 15 della direttiva 93/36/CEE; l'art. 3, par. 5, della direttiva 97/52/CE, aggiunge il par. 2, all'art. 18 della direttiva 93/37/CEE. Sul tema dell'utilizzo delle procedure elettroniche nell'aggiudicazione degli appalti pubblici, v. DAVIES, *Electronic Public Procurement Initiatives within the European Community*, in *European Law Review*, 2000, p. 632 ss.

ci¹¹³, l'obbligo dell'amministrazione aggiudicatrice, entro il termine di quindici giorni dal ricevimento di una domanda scritta, di comunicare ad ogni candidato od offerente respinto i motivi del rigetto della sua candidatura o offerta e ad ogni offerente che abbia fatto un'offerta selezionabile le caratteristiche e i vantaggi relativi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato l'appalto, nonché di comunicare i motivi per i quali hanno eventualmente deciso di rinunciare ad aggiudicare un appalto per il quale è stata indetta una gara o di riavviare la procedura. Peraltro, le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere che alcune delle informazioni relative all'aggiudicazione dell'appalto non siano comunicate, qualora la loro diffusione ostacoli l'applicazione della legge, o sia contraria al pubblico interesse, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di imprese, pubbliche o private, ovvero possa compromettere la concorrenza leale tra i prestatori di servizi¹¹⁴.

¹¹³ L'art. XVIII, «*Information et examen concernant les obligations des entités*», dell'Accordo sugli appalti pubblici del 1994, al par. 2, così si esprime: «Chaque entité, à la demande d'un fournisseur d'une Partie, communiquera dans les moindres délais: a) des explications sur ses pratiques et procédures en matière de passation des marchés; b) des renseignements pertinents concernant les raisons pour lesquelles la demande de qualification du fournisseur a été rejetée, les raisons pour lesquelles il a été mis fin à sa qualification, et les raisons pour lesquelles il n'a pas été sélectionné; c) à un soumissionnaire non retenu, des renseignements pertinents concernant les raisons pour lesquelles sa soumission n'a pas été retenue et les caractéristiques et avantages relatifs de la soumission retenue, ainsi que le nom de l'adjudicataire», mentre il par. 4, precisa, «Toutefois, les entités pourront décider que certains renseignements concernant l'adjudication du marché, mentionnés aux paragraphes 1 et 2, lettre c), ne seront pas communiqués dans les cas où leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait autrement contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre fournisseurs».

¹¹⁴ In particolare, l'art. 1, par. 2, della direttiva 97/52/CE, modifica l'art. 12, par. 1 e 2, della direttiva 92/50/CEE; l'art. 2, par. 2, della direttiva

In secondo luogo, è stato previsto che gli enti aggiudicatori possano sollecitare, o accettare, consulenze da utilizzare nella preparazione delle specifiche tecniche per un determinato appalto, a condizione che tali consulenze non abbiano l'effetto di ostacolare la concorrenza¹¹⁵, come previsto dall'articolo VI, par. 4 dell'Accordo sugli appalti pubblici¹¹⁶.

In terzo luogo, notiamo l'introduzione di una nuova disposizione tesa ad evitare l'eventualità che le offerte degli operatori economici dei diversi paesi membri della Comunità siano, a loro volta, oggetto di discriminazione rispetto alle offerte degli operatori economici di paesi contraenti l'Accordo del 1994. Infatti, come era già previsto dall'articolo 28 della direttiva forniture¹¹⁷, è stato stabilito che, ai fini dell'aggiudicazione degli appalti pubblici da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, gli Stati membri applichino nelle loro relazioni condizioni altrettanto favorevoli di quelle che concedono

97/52/CE, modifica l'art. 7, par. 1 e 2, della direttiva 93/36/CEE; l'art. 3, par. 2, della direttiva 97/52/CE, modifica l'art. 8, par. 1 e 2, della direttiva 93/37/CEE.

¹¹⁵ La proposta della Commissione relativa alla modifica delle direttive servizi, forniture e lavori – in *G.U.C.E.* 13.6.1995, n. C 138, p. 1 ss. – precisa che analoga regola preesistesse nelle direttive comunitarie, precisamente nell'art. 3, par. 2 della direttiva 92/50/CEE che prescriveva alle amministrazioni di assicurare la parità di trattamento tra i prestatori di servizi, ed sia stata introdotta nell'art. 5, par. 7 della direttiva 93/36/CEE («7. Le amministrazioni aggiudicatrici provvedono affinché non vi siano discriminazioni tra i vari fornitori»), e nell'art. 6, par. 6 della direttiva 93/37/CEE («6. Le amministrazioni aggiudicatrici provvedono affinché non vi siano discriminazioni tra i vari imprenditori»).

¹¹⁶ Il testo dell'articolo VI, par. 4, espressamente prevede, «4. Les entités ne solliciteront ni n'accepteront, d'une manière qui aurait pour effet d'empêcher la concurrence, un avis pouvant être utilisé pour l'établissement des spécifications relatives à un marché déterminé, de la part d'une société qui pourrait avoir un intérêt commercial dans le marché».

¹¹⁷ Il problema era già stato affrontato al momento dell'adozione della direttiva 80/767/CEE che ha adattato la direttiva 77/62/CEE agli obblighi derivanti dal Codice del 1979, v. *supra*, capitolo 1, par. 1.3.2.

ai paesi terzi in applicazione dell'Accordo sugli appalti pubblici¹¹⁸.

La previsione è particolarmente importante nell'eventualità che l'Accordo venga in futuro modificato. Sebbene l'ambito di applicazione soggettivo dell'Accordo non sia stato espressamente incorporato nella legislazione comunitaria ed, in realtà, porti un ambito di applicazione più ristretto di quello derivante dalle direttive comunitarie in tema di appalti pubblici di servizi, forniture e lavori, eventuali ampliamenti dovranno essere automaticamente applicati anche a beneficio degli operatori economici degli Stati membri della Comunità europea. Per questo la disposizione introdotta dalla direttiva 97/52/CE prevede anche un obbligo di consultazione reciproca tra gli Stati comunitari nell'ambito del Comitato consultivo per gli appalti pubblici¹¹⁹ sulle misure da adottare a norma

¹¹⁸ In particolare, l'art. 1, par. 7, della direttiva 97/52/CE, aggiunge l'art. 38A alla direttiva 92/50/CEE; l'art. 3, par. 5, della direttiva 97/52/CE, aggiunge il l'art. 33 bis alla direttiva 93/37/CEE. Rimane, invece, invariato l'art. 38 della direttiva 93/36/CEE.

¹¹⁹ Il Comitato consultivo per gli appalti pubblici, istituito con decisione del Consiglio 71/306/CEE relativamente agli appalti di lavori pubblici (in *G.U.C.E.* 16.8.1971, n. L 185, p. 15, adottata lo stesso giorno della direttiva 71/305/CEE sugli appalti di lavori pubblici), successivamente esteso alle forniture dalla decisione 77/63/CEE (n. *G.U.C.E.* 15.1.1977, n. L 13, p. 15, anch'essa contemporanea alla direttiva 77/62/CEE sugli appalti pubblici di forniture), ha il compito di esaminare "regolarmente" (ma in realtà su iniziativa della Commissione o di uno Stato membro) i problemi posti dall'applicazione della disciplina sugli appalti pubblici. È composto dai rappresentanti degli Stati membri appartenenti alle relative amministrazioni ed è presieduto da un funzionario della Commissione. Costituito come organismo consultivo, non come un tribunale, un arbitro o un organo di controllo, il Comitato non ha alcun potere di prendere decisioni giuridiche nell'interesse della Comunità. Suo compito è quello di esaminare i problemi che possono sorgere dall'applicazione delle misure adottate dal Consiglio per quanto riguarda gli appalti e di essere consultato in occasione di accordi internazionali conclusi tra uno Stato membro e uno o più paesi terzi. In particolare attraverso la c.d. *la procedura del comitato consultivo*, inizialmente introdotta dall'art. 30 della direttiva 89/440/CEE per gli appalti di lavori pubblici, e poi estesa a tutti gli

dell'Accordo¹²⁰. Inoltre, in applicazione all'articolo XXIV, par. 7, dell'Accordo sugli appalti pubblici¹²¹, e al fine di con-

appalti comunitari, la Commissione può modificare, previo parere del Comitato consultivo per gli appalti pubblici, gli allegati delle direttive che contengono l'elenco degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico soggetti alla disciplina comunitaria. L'effetto principale della procedura del Comitato dovrebbe quindi essere quello di sviluppare l'attività negoziale tra gli interessi eterogenei e, spesso, confliggenti di cui sono portatrici le amministrazioni nazionali. Inoltre, garantendo una consultazione permanente tra Commissione ed amministrazioni nazionali, dovrebbe produrre una continuità di azione amministrativa in questo specifico settore.

Il Comitato consultivo per gli appalti pubblici appartiene a quella complessa rete di comitati intergovernativi che, di fatto, consentono alle amministrazioni nazionali di esercitare la propria influenza sulla parte iniziale della procedura decisionale comunitaria, specie in relazione a materie in cui vi sia una delega di competenze di esecuzione della Commissione. Sul punto, v. DELLA CANANEA, *Cooperazione e integrazione nel sistema amministrativo delle Comunità europee: la questione della "comitologia"*, in *Riv. dir. pubblico*, 1990, p. 655 ss.; BRADLEY, *Comitology and the Law: through a Glass Darkly*, in *Common Market Law Review*, 1992, p. 693 ss.; anche JOERGES, VOS, *EU Committees: Social Regulation, Law and Politics*, Oxford, 1999; SANVITI, *Amministrazione a più strati: l'esempio del commercio nazionale e sopranazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2000, p. 1062 ss.

¹²⁰ Diverso discorso deve farsi a proposito del Comitato consultivo per l'apertura degli appalti pubblici, istituito nel 1987 (decisione della Commissione 87/305/CEE, in *G.U.C.E.* 12.6.1987, n. L 152, p. 32 ss., successivamente modificata da decisione 87/560/CEE, in *G.U.C.E.* 28.11.1987, n. L 338, p. 37), con l'obiettivo di assistere la Commissione nella valutazione degli aspetti economici, tecnici, giuridici e sociali connessi con gli appalti pubblici e di permettere agli «ambienti interessati di comprendere meglio la problematica relativa all'applicazione delle norme comunitarie in materia» (art. 2 della decisione 87/305/CEE). I membri di detto Comitato sono, infatti, nominati dalla Commissione, previa consultazione degli ambienti professionali interessati, tra esperti indipendenti, dei quali siano ampiamente riconosciute l'esperienza professionale e la competenza in materia. Con decisione del 20 marzo 2000, la Commissione ha nominato i nuovi membri del Comitato consultivo per l'apertura degli appalti pubblici per una durata di due anni a partire dal 1° aprile 2000, in *G.U.C.E.* 23.3.2000, n. C 84, p. 6.

¹²¹ Articolo XXIV, «Dispositions finales», al par. 7, espressamente prevede, «Examens, négociations et travaux futurs - a) Le Comité procédera

sentire la valutazione dei risultati dell'applicazione della stessa direttiva, è stato previsto che gli Stati membri comunichino alla Commissione, per la prima volta non oltre il 31 ottobre 1997 e successivamente non oltre il 31 ottobre di ogni anno, un prospetto statistico relativo ai contratti di appalto stipulati dalle amministrazioni aggiudicatrici nell'anno precedente¹²².

Invece, per quanto riguarda la direttiva 98/4/CE, che modifica la direttiva settori esclusi, 93/38/CEE¹²³, ci pare importante sottolineare la scelta di identificare gli enti aggiudicatori con criteri diversi dal riferimento alla loro qualificazione giuridica, al fine di garantire un'effettiva apertura dei mercati e un'equa applicazione delle norme relative agli appalti in questi settori, nonché la volontà di non pregiudicare la parità

chaque année à un examen de la mise en oeuvre et de l'application du présent accord, en tenant compte de ses objectifs. Le Comité informera chaque année le Conseil général de l'OMC des faits intervenus pendant la période sur laquelle portera cet examen.». Mentre il precedente Articolo XXI, dal titolo «Institutions», prevede anch'esso l'istituzione di un Comitato per gli appalti pubblici; in particolare, «1. Il sera institué un Comité des marchés publics composé de représentants de chacune des Parties. Le Comité élira son Président et son Vice-Président; il se réunira selon qu'il sera nécessaire, mais au moins une fois l'an, pour donner aux Parties la possibilité de procéder à des consultations sur toute question concernant l'application de l'Accord ou la poursuite de ses objectifs, ainsi que pour exercer les autres attributions qui pourront lui être conférées par les Parties». Un primo aggiornamento sui lavori del Comitato WTO sugli appalti pubblici, BROWN, *Recent Global Developments on Public Procurement*, in *Public Procurement Law Review*, 1998, p. CS50 ss.

¹²² In particolare, l'art. 1, par. 8, della direttiva 97/52/CE, sostituisce l'art. 39, della direttiva 92/50/CEE; l'art. 2, par. 6, della direttiva 97/52/CE, introduce i par. 2 e 3, all'art. 29, della direttiva 93/36/CEE; l'art. 3, par. 7, della direttiva 97/52/CE, sostituisce l'art. 34, della direttiva 93/37/CEE.

¹²³ Per un approfondita analisi delle modificazioni introdotte, v. WILLIAMS, *Directive 98/4 Amending the E.C. Utilities Procurement Regime*, in *Public Procurement Law Review*, 1998, p. 95 ss. Più brevemente, PROTTO, *La nuova disciplina comunitaria per gli appalti nei settori speciali*, in *Urbanistica e appalti*, 1998, p. 701 ss.

di trattamento degli stessi enti del settore pubblico e del settore privato¹²⁴. In particolare, le disposizioni della direttiva vengono ad applicarsi solo agli enti aggiudicatori che operano nei settori coperti dall'Accordo del 1994, come acqua, elettricità, trasporti urbani, porti e aeroporti.

Anche in questo caso, numerose sono le modifiche introdotte, tra le quali l'adeguamento delle soglie per l'applicazione del diritto comunitario¹²⁵, alcune norme sulla pubblicità¹²⁶, oltre alla previsione di utilizzare mezzi di comunicazione elettronica sia per i bandi e gli inviti che per la presentazione delle offerte¹²⁷. Inoltre, adattando la disciplina della direttiva 93/38/CEE all'articolo IX, parr. 4 e 6, dell'Accordo sugli appalti pubblici¹²⁸, è stato introdotto l'obbligo per gli enti aggiudica-

¹²⁴ V. in particolare l'ottavo ed il nono considerando della direttiva 98/4/CE.

¹²⁵ Art. 1, par. 1, della direttiva 98/4/CE, modifica l'art. 14, par. 1, ed aggiunge i parr. 14, 15 e 16 allo stesso art., della direttiva 93/38/CEE; art. 1, par. 3, della direttiva 98/4/CE, modifica l'art. 23, par. 1, lett. b, della direttiva 93/38/CEE, art. 1, par. 4, della direttiva 98/4/CE, modifica l'art. 23, parr. 1 e 2, relativamente ai concorsi di progettazione, della direttiva 93/38/CEE.

¹²⁶ Art. 1, par. 5, della direttiva 98/4/CE, modifica l'art. 24, par. 2, della direttiva 93/38/CEE, mentre l'art. 1, par. 6, della direttiva 98/4/CE, modifica l'art. 26, della direttiva 93/38/CEE.

¹²⁷ Art. 1, par. 7, della direttiva 98/4/CE, modifica l'art. 28, par. 5, ed aggiunge il par. 6 allo stesso articolo, della direttiva 93/38/CEE.

¹²⁸ L'articolo IX, «*Invitation à soumissionner pour des marchés envisagés*», ai parr. 4 e 6, prevede: «Les entités qui utilisent pour l'invitation à soumissionner un avis de marché programmé inviteront ensuite tous les fournisseurs qui se seront déclarés intéressés à le confirmer sur la base de renseignements qui comprendront au moins ceux qui sont énumérés au paragraphe 6. (...) a) nature et quantité, y compris toutes options concernant des marchés complémentaires et, si possible, délai estimé pour l'exercice de ces options; dans le cas de marchés renouvelables, nature et quantité, et, si possible, délai estimé de publication des avis d'appel d'offres ultérieurs pour les produits ou services devant faire l'objet du marché; b) caractère de la procédure: ouvert, sélectif ou comportant une négociation; c) le cas échéant, date à laquelle commencera ou s'achèvera la livraison des produits ou services; d) adresse et date limite pour le dépôt des demandes visant à obtenir une invitation à

tori, nel caso di gara indetta mediante avviso periodico indicativo, di invitare successivamente tutti i candidati a confermare il loro interesse in base alle informazioni particolareggiate relative all'appalto in questione, prima di dare inizio alla selezione degli offerenti o dei partecipanti ad un negoziato, in questo modo aggravando l'onere posto a carico delle entità aggiudicatrici¹²⁹. Conformemente all'articolo VIII dell'Accordo sugli appalti pubblici¹³⁰, gli enti aggiudicatori che stabili-

soumissionner ou la qualification pour inscription sur la liste des fournisseurs, ou pour la réception des soumissions, ainsi que langue ou langues autorisées pour leur présentation; e) adresse de l'entité qui doit passer le marché et fournir les renseignements nécessaires pour l'obtention du cahier des charges et autres documents; f) conditions de caractère économique et technique, garanties financières et renseignements exigés des fournisseurs; g) montant et modalités de versement de toute somme à payer pour obtenir la documentation relative à l'appel d'offres; et h) forme du marché faisant l'objet de l'appel d'offres: achat, crédit-bail, location ou location-vente, ou plusieurs de ces formes».

¹²⁹ In particolare il nuovo art. 21, par. 2, lett. c, come modificato dall'art. 1, par. 2, della direttiva 98/4/CE, prevede che le informazioni particolareggiate debbano comprendere almeno i seguenti elementi: «i) natura e quantità, comprese eventuali opzioni per ulteriori appalti e, se possibile, termine previsto per l'esercizio di tali opzioni; nel caso di appalti rinnovabili, natura e quantità e, se possibile, termine previsto per la pubblicazione dei successivi bandi di gara per i lavori, le forniture o i servizi oggetto dell'appalto; ii) tipo di procedura: ristretta o negoziata; iii) eventualmente, data di inizio e di termine per la consegna delle forniture o per l'esecuzione dei lavori o dei servizi; iv) indirizzo e termine ultimo per il deposito delle domande volte a ottenere un invito a presentare offerte nonché la lingua o le lingue in cui esse devono essere presentate; v) indirizzo dell'ente che aggiudica l'appalto e fornisce le informazioni necessarie per ottenere il capitolato d'onere e altri documenti; vi) condizioni di carattere economico e tecnico, garanzie finanziarie e informazioni richieste ai fornitori, agli imprenditori o ai prestatori di servizi; vii) entità e modalità di versamento degli importi da pagare per ottenere la documentazione relativa alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e viii) forma dell'appalto per il quale è indetta la gara: acquisto, leasing, locazione o acquisto a riscatto o più di una fra queste alternative».

¹³⁰ Sul sistema di qualificazione previsto dall'Accordo sugli appalti pubblici del 1994, v. *infra* capitolo 3, par. 3.1.

scono o gestiscono un sistema di qualificazione devono permettere a fornitori, imprenditori e prestatori di servizi di richiedere in qualsiasi momento di essere qualificati¹³¹.

Il termine di attuazione della direttiva 97/52/CE è stato fissato al 13 ottobre 1998, mentre per la direttiva 98/4/CE è il 16 febbraio 1999. Una previsione specifica, riservata alla Grecia e al Portogallo, amplia il termine di attuazione di quest'ultima direttiva al 16 febbraio 2000.

2.2.3. *Il carattere sostanziale delle direttive di adattamento all'Accordo sugli appalti pubblici.*

Il procedimento di adattamento utilizzato per introdurre nell'ordinamento comunitario gli obblighi derivanti dall'Accordo sugli appalti pubblici del 1994 è un procedimento di adattamento di tipo ordinario.

Come abbiamo chiarito sopra, il diritto internazionale non si occupa di indicare, o di imporre, sistemi omogenei di adattamento, quello che rileva è unicamente che sia garantita l'osservanza degli impegni assunti. Pertanto, la scelta del tipo di atto, attraverso il quale operare il procedimento di adattamento, è lasciata all'ordinamento nel quale le norme devono essere introdotte. È lo stesso ordinamento che, in funzione del valore giuridico che intende conferire alla norma internazionale, vale a dire, del rango che vuole attribuire a determinate norme internazionali nell'ordinamento, determina quale procedimento adottare. Nel diritto comunitario, l'articolo 300 stabilisce quale procedimento deve essere utilizzato. L'accenramento nel Consiglio, sia del potere di esprimere in alcuni casi la volontà comunitaria sul piano internazionale¹³², sia

¹³¹ L'art. 1, par. 8, della direttiva 98/4/CE, modifica l'art. 30, par. 1, della direttiva 93/38/CEE.

¹³² V. *supra* in questo capitolo par. 2.1.2.

della funzione normativa rende meno evidente il procedimento seguito per l'adozione di provvedimenti di coordinamento dell'atto internazionale con il diritto comunitario¹³³. Questo non impedisce che specifici atti di adattamento siano emanati, in particolare in materie in cui già esiste una disciplina comunitaria, cioè quando ci sia un problema di coordinamento tra disposizioni comunitarie e disposizioni derivanti da accordi internazionali. Quindi senza dimenticare che le disposizioni convenzionali entrano a far parte integrante dell'ordinamento comunitario sin dal momento della loro entrata in vigore per la Comunità sul piano internazionale¹³⁴.

L'adattamento alle norme internazionali convenzionali può essere posto in essere da parte degli organi interni dell'ordinamento in cui la norma internazionale viene in rilievo, attraverso un procedimento speciale, oppure, attraverso un procedimento ordinario. Due procedimenti che pur potendo essere alternativi sono spesso complementari.

È chiaro che la decisione del Consiglio 94/800/CE¹³⁵ utilizza un procedimento speciale, rinviando allo strumento internazionale nel suo contenuto originario e conferendogli pie-

¹³³ V. ADAM, *Le relazioni esterne*, in MONACO, PENNACCHINI, FERRARI BRAVO, *Manuale di diritto comunitario*, vol. I, Torino, 1983, p. 407 ss., in particolare, p. 442; MACLEOD, HENDRY, HYETT, *The External Relations of the European Communities*, Oxford, 1996, p. 125 ss.

¹³⁴ Il punto, già stato sottolineato nel precedente paragrafo di questo lavoro, è chiaramente affermato dalla Sentenza 30 aprile 1974, causa C 181/73, *R. & V. Haegeman contro Belgio*, in *Raccolta* 1974, p. 229 ss., in particolare «L'accordo di Atene è stato concluso dal Consiglio, in conformità agli artt. 228 e 238 del trattato, come risulta dal testo della decisione 25 settembre 1961. (...) Le sue disposizioni formano, dal momento della sua entrata in vigore, parte integrante dell'ordinamento comunitario», punti 3-5 della motivazione.

¹³⁵ Decisione del Consiglio del 22 dicembre 1994, relativa alla conclusione a nome della Comunità europea, per le materie di sua competenza, degli accordi dei negoziati multilaterali dell'Uruguay Round (1986-1994), in *G.U.C.E.* 23.12.1994, n. L 336, p. 1 ss.

no valore nel proprio ordinamento¹³⁶. Tuttavia, questo procedimento potrebbe esaurire la fase di adattamento solo quando gli accordi in questione abbiano carattere *self-executing*¹³⁷, cioè si presentino completi e puntuali in tutti i loro elementi, in modo da risultare immediatamente eseguibili nell'ordinamento comunitario senza richiedere alcun successivo intervento di integrazione o di completamento. Tuttavia, deve essere rilevato che il carattere *self-executing* della norma internazionale pattizia, dipende non solo dallo specifico modo di essere della norma internazionale¹³⁸, quanto dalla presenza o meno

¹³⁶ Sulla funzione dell'ordine di esecuzione come atto normativo v. FA-BOZZI, *L'attuazione dei trattati internazionali mediante ordine di esecuzione*, Milano, 1961, il quale precisa «Per «atto normativo» in senso stretto si intende, non solamente un atto giuridico avente un contenuto qualificabile come normativo, ossia consistente in una o più disposizioni idonee a porsi come «regole», (...) bensì un «atto fonte», un atto, cioè, il cui risultato (la norma, il testo normativo, si distacca dall'atto e viene direttamente riferito all'ordinamento, così che solo nei confronti di questo tipo di atto normativo diviene corretto parlare di «norma prodotta dallo atto» oltre che di «norma contenuta nell'atto», che è un'espressione più generica», p. 24, 25 e 26.

¹³⁷ Secondo la definizione di GIULIANO, SCOVAZZI, TREVES, *Diritto internazionale, Parte generale*, Milano, 1991, «Una norma internazionale è *self-executing* (e cioè suscettibile di immediata applicazione) quando contiene in sé tutti gli elementi idonei a consentire, a chi deve applicare le norme interne di adattamento, di ricavare, dal contenuto della norma internazionale, il contenuto delle norme interne che servono a dare esecuzione alla norma internazionale», p. 584. V. anche lo studio di PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale. Parte Prima*, VI ristampa, Padova, 1961.

¹³⁸ Infatti, sotto questo profilo, non ci sarebbero difficoltà ad individuare diverse norme dell'Accordo sugli appalti pubblici aventi carattere *self-executing*. Da una parte, osserviamo che, trattandosi di un accordo che prevede termini e procedure, presenta numerose norme complete. Dall'altra, non dobbiamo dimenticare che la stessa Corte di Giustizia, in relazione a norme simili a quelle contenute nell'Accordo sugli appalti pubblici, ma contenute nelle direttive comunitarie precedenti il 1994, ha più volte individuato disposizioni «chiare, precise ed incondizionate», e riconosciuto loro di avere effetti diretti nell'ordinamento degli Stati membri. V. *infra*, capitolo 3 per alcuni riferimenti alla casistica.

nell'ordinamento di riferimento, di strumenti idonei a mettere in atto quanto previsto dalla norma stessa¹³⁹.

Attraverso le direttive 97/52/CE e 98/4/CE, il legislatore comunitario ha utilizzato un procedimento ordinario di adattamento formulando, direttamente e specificamente, le norme idonee ad introdurre nell'ordinamento comunitario tutte le modifiche necessarie per adempiere l'obbligo internazionale assunto con la decisione di ratifica dell'Accordo sugli appalti pubblici del 1994. Precisamente, il procedimento ordinario è stato utilizzato al fine di integrare, rendere eseguibile con disposizioni attuative e di coordinamento con la preesistente disciplina comunitaria sugli appalti pubblici, le norme di un accordo già introdotto nell'ordinamento comunitario con l'ordine di esecuzione di cui alla decisione 94/800/CE¹⁴⁰. Di conseguenza queste norme di adattamento, proprio perché poste con il procedimento ordinario, hanno carattere sostanziale: sono esse che disciplinano i rapporti, le fattispecie previste dall'Accordo, sia pure sulla base della norma internazionale, introdotta con l'ordine di esecuzione, e, fin dal momento della sua formazione, vincolante l'ordinamento comunitario e, quindi, per l'ordinamento degli Stati membri.

¹³⁹ Per una stimolante analisi di questo problema, CONDORELLI, *Il giudice italiano e i trattati internazionali. Gli accordi self-executing e non self-executing nell'ottica della giurisprudenza*, Padova, 1974, in particolare p. 53 ss.

¹⁴⁰ Come rilevato da NOTARO, *L'intégration de l'accordo international sur les marchés publics dans l'ordre juridique communautaire: aboutissement ou commencement?*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1998, n. 2, p. 203 ss., «Comme la Commission l'a souligné dans la motivation de ses propositions de modification, l'accordo ne nécessite pas, en tant que tel, pour sa mise en oeuvre par la Communauté, de modifications de la législation communautaire parce qu'il est partie intégrante de l'ordre juridique communautaire sans qu'un acte de transposition soit nécessaire. Toutefois, il est impératif de garantir que les fournisseurs, les entrepreneurs et les prestataires de services de l'Union européenne bénéficient d'un traitement aussi favorable que celui réservé aux mêmes catégories professionnelles des pays tiers signataires de l'accordo», p. 219.

Nel caso dell'Accordo sugli appalti pubblici, all'atto di conclusione dell'Accordo è seguito uno specifico atto di adattamento ordinario delle disposizioni internazionali. Sono le direttive 97/52/CE e 98/4/CE che utilizzando un procedimento ordinario di adattamento attuano nell'ordinamento comunitario gli obblighi internazionali assunti coordinandoli con la disciplina comunitaria degli appalti pubblici.

Attraverso le direttive di attuazione e di coordinamento della precedente disciplina comunitaria sugli appalti pubblici, il legislatore comunitario ha costituito un filtro, sia per l'operatore giuridico comunitario, sia per l'operatore giuridico nazionale.

Da una parte, quando anche si profilasse una divergenza tra regole comunitarie poste con procedimento di adattamento e norme internazionali cui si riferiscono, a causa di una loro non corretta trasposizione o di un'errata interpretazione del loro contenuto, tale contrasto dovrà essere risolto a favore delle norme comunitarie di attuazione degli obblighi internazionali, piuttosto che a favore delle stesse norme internazionali. Chiaramente, l'eventuale divergenza tra le due norme dovrà essere temperata dal giudice applicando criteri interpretativi, come il principio di presunzione di conformità, secondo cui, quando la norma comunitaria introdotta nell'ordinamento si presta a varie interpretazioni, deve essere preferita quella conforme alla norma internazionale cui ha inteso adeguarsi.

D'altra parte, l'eventuale divergenza tra norme nazionali di attuazione delle direttive comunitarie e le stesse direttive comunitarie di adattamento nell'ordinamento comunitario dell'Accordo dovrà essere risolta attraverso gli strumenti offerti del diritto comunitario¹⁴¹. Ad esempio, potrà essere rico-

¹⁴¹ V. MANIN, *A propos de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce et de l'accord sur les marchés publics: la question de l'invocabilité des accords internationaux conclus par la Communauté européenne*, in *Revue Tri-*

nosciuto l'effetto diretto di alcune disposizioni delle direttive comunitarie¹⁴².

2.3. Gli effetti dell'accordo del 1994 nel diritto comunitario.

2.3.1. La negazione degli effetti diretti dell'Accordo GATT nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Al fine di determinare l'esistenza di effetti diretti derivanti da accordi internazionali, la giurisprudenza comunitaria ha,

mestrielle de Droit Européen, 1997, p. 399 ss.; DENDAOU, *New WTO Agreement on Government Procurement: an Analysis of the Framework for Bid Challenge Procedures and the Question of Direct Effect*, in *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2000, p. 254 ss.

¹⁴² Il problema degli effetti diretti del diritto comunitario nell'ordinamento degli Stati membri, a partire dalla sentenza 5 febbraio 1963, *N.V. Algemene Transport of Expeditie Onderneming Van Gend & Loos contro Amministrazione olandese delle imposte*, causa 26/62, in *Raccolta*, 1963, p. 3 ss., è stato ampiamente analizzato e dibattuto. Cfr., CONSTANTINESCO, *L'applicabilité directe dans le droit de la Cee*, Paris, 1970; WINTER, *Direct Applicability and Direct Effect. Two Distinct and Different Concepts in Community Law*, in *Common Market Law Review*, 1972, p. 425 ss.; CARBONE, *Organi comunitari, controllo di legittimità e soggetti privati*, Padova 1973; LUZZATTO, *La diretta applicabilità nel diritto comunitario*, Milano, 1983; CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, Milano, 1983; COMMISSIONE CE, *Trent'anni di diritto comunitario*, Luxemburg, 1983; PRECHAL, *Directives in European Community Law: A study on EC Directives and their Enforcement by National Courts*, Oxford, 1995; SLAUGHTER, STONE SWEET, WEILER, *The European Court of Justice and National Courts: Doctrine and Jurisprudence*, London, 1998; oltre che nei manuali, tra molti, MENGOZZI, *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 1997, p. 104 ss.; HARTLEY, *The Foundations of European Community Law*, IV ed., Oxford, 1998, p. 187 ss.; CRAIG, DE BÚRCA, *EU LAW. Text, Cases, and Materials*, II ed., Oxford, 1998, p. 163 ss.; FERRARI BRAVO, MOAVERO MILANESI, *Lezioni di diritto comunitario*, III ed., Napoli, 2000, p. 133 ss.; ZANGHÌ, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, III ed., Torino, 2000, p. 223 ss.; POCAR, *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, VI ed., Milano, 2000, p. 235 ss.; TESAURO, *Diritto comunitario*, II ed., Padova, 2001, p. 107 ss.

in linea di principio, fatto riferimento a quegli stessi elementi di chiarezza, precisione e di carattere incondizionato ritenuti necessari per riconoscere l'effetto diretto del diritto comunitario negli ordinamenti nazionali¹⁴³. Né ha ritenuto di limitare gli effetti diretti derivanti da un accordo internazionale nell'ordinamento comunitario alla condizione che detti effetti siano riconosciuti anche nell'ordinamento interno di altre parti contraenti, la condizione di reciprocità operando solo per il caso in cui si verifichi un'effettiva mancanza di rispetto degli obblighi posti nell'accordo internazionale¹⁴⁴. Questo in linea

¹⁴³ La prima pronuncia nel senso dell'esistenza degli effetti diretti di un accordo internazionale è la sentenza 5 febbraio 1976, causa 87/75, *Conceria Daniele Bresciani contro Amministrazione Italiana delle Finanze*, in *Raccolta* 1976, p. 129 ss., dove la Corte ha ritenuto che una disposizione concernente le tasse di effetto equivalente ai dazi doganali, contenuta nella Convenzione di Yaoundé del 1963 tra la Comunità e gli Stati membri, da una parte, e gli Stati africani e malgascio, dall'altra, conferisse «ai singoli, a decorrere dal 1 gennaio 1970, il diritto di non corrispondere allo Stato le tasse d'effetto equivalente a dazi doganali, diritto che i giudici nazionali devono tutelare»; di conseguenza, il signor Bresciani ha visto riconoscere il suo diritto di richiedere la restituzione delle somme indebitamente pagate per la visita sanitaria di pelli importate in Italia dal Senegal. Analogamente nella sentenza 26 ottobre 1982, causa C104/81, *Hauptzollamt Mainz contro C.A. Kupferberg & Cie KG a.A.*, in *Raccolta*, 1982, p. 3641 ss., la Corte ha stabilito che un certo articolo contenuto in un accordo tra la Comunità e il Portogallo, concluso nel quadro degli accordi con l'EFTA, «ha efficacia diretta ed è atto ad attribuire ai vari operatori economici diritti che i giudici devono tutelare», punto 27 della motivazione.

¹⁴⁴ Nella stessa sentenza 26 ottobre 1982, causa C104/81, *Hauptzollamt Mainz contro C.A. Kupferberg & Cie KG a.A.*, in *Raccolta*, 1982, p. 3641 ss., la Corte sviluppa, infatti, il seguente ragionamento: «In base alle norme generali del diritto internazionale, ogni accordo dev'essere adempiuto in buona fede dalle parti. Se ciascuna delle parti contraenti è responsabile dell'adempimento integrale degli impegni che ha sottoscritto, è suo compito, per contro, stabilire i mezzi giuridici idonei a raggiungere tale scopo nel suo ordinamento giuridico, a meno che l'accordo, interpretato alla luce del suo oggetto e del suo scopo, non determini esso stesso questi mezzi. Con quest'ultima riserva, il fatto che i giudici di una delle parti ritengano che talune disposizioni dell'accordo abbiano efficacia diretta, non è, di per sé solo, tale da costituire una mancanza di reciprocità nell'attuazione dell'accordo», punto 18 della motivazione.

con i principi di diritto internazionale che fanno discendere l'adempimento di un obbligo internazionale, non dall'emanazione di norme interne, ma dall'osservanza del comportamento che con quelle norme lo Stato ha inteso garantire¹⁴⁵.

Tuttavia, uno degli accordi su cui la Corte si è soffermata più volte negandone la diretta applicabilità nell'ordinamento comunitario è l'Accordo GATT. Infatti, all'affermazione che detti accordi siano parte dell'ordinamento comunitario, è sempre seguita l'esclusione che le disposizioni derivanti dal GATT potessero produrre effetti diretti in questo ordinamento¹⁴⁶. Per quanto la Comunità non avesse partecipato alla stipulazione degli accordi GATT, alla scadenza del periodo transitorio, in forza della previsione dell'articolo 133 del Trattato CE, tutti i poteri e tutte le competenze degli Stati membri in materia di regolamentazione degli scambi commerciali in sede GATT sono stati assunti, insieme alle relative obbligazioni ed ai relativi oneri, dalla Comunità. In questo modo il complesso delle norme GATT è divenuto parte integrante dell'ordinamento comunitario¹⁴⁷. Ma questo non ha impedito

¹⁴⁵ È chiaro, infatti, che l'eventuale responsabilità internazionale non si concreta nella mancata emanazione di norme di adattamento, «bensì nel fatto che lo Stato abbia tenuto un comportamento concreto in contrasto con l'obbligo internazionale (il che potrebbe, naturalmente avvenire anche se lo Stato avesse emanato norme legislative sulla base del suo diritto interno)», GIULIANO, SCOVAZZI, TREVES, *Diritto internazionale, Parte generale*, Milano, 1991, p. 550.

¹⁴⁶ Cfr. KUILWIJK, *The European Court of Justice and the GATT Dilemma: Public Interest versus Individual Rights?*, London, 1996, p. 105 ss.; TESAURO, *Rapporti tra la Comunità europea e l'OMC*, in *Rivista di Diritto Europeo*, 1997, p. 380 ss.; OTT, *The Friction between GATT/WTO Law and EC Law: Some Critical Remarks on the Case Law of ECJ*, in HEERE, *International Law and The Hague's 750th Anniversary*, The Hague, 1999, p. 373 ss.; ESPÓSITO, *International Trade and National Legal Order: the Problem of Direct Applicability of the WTO Law*, in MENGOZZI, *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, 1999, p. 429 ss.

¹⁴⁷ V. sentenza 12 dicembre 1972, *International Fruit Company NV e altri contro Produktschap voor Groenten en Fruit*, C 21, 24/72, in *Raccolta*,

alla Corte di Giustizia di escludere che disposizioni del GATT potessero produrre effetti diretti nell'ordinamento comunitario in considerazione della «grande flessibilità delle sue disposizioni, in specie di quelle relative alla possibilità di deroghe, ai provvedimenti ammessi in caso di difficoltà eccezionali ed alla composizione delle controversie fra contraenti»¹⁴⁸.

Se l'Accordo GATT non è invocabile dal singolo davanti al giudice nazionale, la Corte di Giustizia non può giudicare del conflitto tra l'atto comunitario e la norma del GATT nel quadro di una questione di validità sollevata ai sensi dell'articolo 234 (ex art. 177) del Trattato CE¹⁴⁹ quale rinvio

1972, p. 1219 ss., dove la Corte afferma «in tutti i casi in cui, in forza del Trattato C.E.E., la Comunità ha assunto dei poteri, già spettanti agli Stati membri, nell'ambito di applicazione del G.A.T.T., le disposizioni di questo sono vincolanti per la Comunità stessa», punto 18 della motivazione. La sentenza è stata annotata da GIARDINA, *La Corte europea ed i rapporti fra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1973, p. 582 ss.; DEL VECCHIO, *Comunità europee e GATT*, in *Il diritto negli scambi internazionali*, 1973, p. 274 ss.; RIESENFELD, in *American Journal of International Law*, 1973, p. 504 ss.; WAELBROECK, in *Journal of World Trade Law*, 1974, n° 6, p. 614 ss.; KOVAR, in *Revue du Marché Commun*, 1974, p. 345 ss.; SCHERMERS, *Community Law and International Law*, in *Common Market Law Review*, 1975, p. 77 ss. Cfr. PETERSMANN, *The EEC as GATT Member. Legal Conflicts between GATT Law and European Community Law*, in HILF, JACOB, PETERSMANN, *The European Union and the GATT Law*, London, 1986, p. 23 ss.

¹⁴⁸ Ancora, sentenza 12 dicembre 1972, *International Fruit*, cit., che più ampiamente motivava: «Si deve inoltre stabilire se il G.A.T.T. attribuisca ai singoli cittadini della Comunità il diritto di far valere in giudizio le sue disposizioni avverso un atto comunitario. A tale scopo, si deve aver riguardo allo spirito, alla struttura ed alla lettera del G.A.T.T. stesso. Questo accordo, fondato – ai sensi del suo preambolo – sul principio di negoziati da condursi su «una base di reciprocità e di vantaggi mutui», è caratterizzato dalla (...)», v. testo, punti 19-21 della motivazione. Cfr. BOURGEOIS, *Effects of International Agreement in European Community Law: are the Dice Cast?*, in *Michigan Law Review*, 1984, p. 1250 ss.; LENAERTS, DE SMIJTER, *Some Reflections on the Status of International Agreement in the Community Legal Order*, in *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Baden-Baden, 1999, p. 352 ss.

¹⁴⁹ In questo senso, sentenza 12 dicembre 1972, *International Fruit*, cit.,

pregiudiziale. Successivamente, seguendo lo stesso ragionamento, la Corte ha escluso anche la propria competenza ad interpretare le norme GATT su rinvio pregiudiziale d'interpretazione, di cui allo stesso articolo 234 del Trattato CE¹⁵⁰. Nella sentenza 5 ottobre 1994, *Germania/Consiglio*¹⁵¹, la limi-

e la successiva sentenza 24 ottobre 1973, *Carl Schlüter contro Hauptzollamt Lörrach*, causa C 9/73, in *Raccolta*, 1973, p. 1135 ss., relativa ai montanti compensativi delle variazioni dei tassi di cambio. Quest'ultima sentenza è annotata da, TREVES, *La crisi monetaria davanti alla Corte delle Comunità europee*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1974, p. 46 ss.; TIZZANO, in *Foro italiano*, 1974, parte IV, col. 48 ss.; WAELBROECK, in *Journal of World Trade Law*, 1974, n. 6, p. 614 ss.; KOVAR, in *Revue du Marché Commun*, 1974, p. 345 ss.

¹⁵⁰ V. sentenze SIOT, SAMI e Chiquita. Sentenza 16 marzo 1983, *Società Italiana per l'Oleodotto Transalpino (SIOT) contro Ministero delle finanze, Ministero della marina mercantile, Porto di Trieste*, causa 266/81, in *Raccolta*, 1983, p. 731 ss., in particolare punto 12. Questa sentenza è annotata da, MARESCA, *Sulla diretta applicabilità del GATT secondo la Corte di giustizia Cee*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1983, II, p. 891 ss.; MASTELLONE, in *Common Market Law Review*, 1983, p. 568 ss. Sentenza 16 marzo 1983, *Amministrazione delle Finanze contro Società petrolifera italiana SpA (SPI) e SpA Michelin italiana (SAMI)*, cause riunite 267, 268, 269/81, in *Raccolta*, 1983, p. 801 ss., in particolare punti 23 e 24. Questa sentenza è annotata, oltre agli autori citati nel caso SIOT, anche da, VENTURINI, *Sulla diretta applicabilità delle norme G.A.T.T.*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1983, p. 784 ss. Da ultimo, sentenza 12 dicembre 1995, *Amministrazione delle finanze dello Stato contro Chiquita Italia SpA*, causa C 469/93, in *Raccolta*, 1995, p. I-4533 ss., in particolare punti 25-29. Sentenza annotata da, MONTAÑA I MORA, in *American Journal of International Law*, 1997, p. 152 ss.

¹⁵¹ Sentenza 5 ottobre 1994, *Germania c. Consiglio*, C 280/93, in *Raccolta*, 1994, p. I-4973 ss., annotata da, VELLANO, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, Sez. I, Col. 1145 ss.; CASTILLO DE LA TORRE, *The Status of GATT in EC Law, Revisited*, in *Journal of World Trade*, 1995, p. 53 ss.; HAHN, SCHUSTER, in *Revue générale de droit international public*, 1995, p. 367 ss.; DONY, in *Cahiers de droit européen*, 1995, p. 461 ss.; FOUBERT, in *Columbia Journal of European Law*, 1995, p. 312 ss.; LEE, KENNEDY, *The Potential Effect of GATT 1994 in E.C. Law*, in *Journal of World Trade*, 1995, p. 67 ss.; EVERLING, *Will Europe Slip on Bananas? The Banana Judgement of the Court of Justice and National Courts*, in *Common Market Law Review*, 1996, p. 401 ss.

tazione della competenza del giudice comunitario è stata ritenuta anche nell'ambito di procedure basate sull'articolo 230 (ex art. 173) del Trattato CE relativo al ricorso per annullamento. Infatti, data la non diretta applicabilità dell'accordo GATT, non solo il giudice nazionale non può applicare direttamente le disposizioni pattizie e rimettere la questione pregiudiziale relativa ad un eventuale conflitto tra le due fonti, ma la stessa Corte non può giudicare della legittimità di un atto comunitario di cui si deduce, in un ricorso diretto di annullamento, il conflitto con una norma GATT¹⁵². Peraltro, nella stessa sentenza, richiamando i casi *Fediol*¹⁵³ e *Nakaji-*

¹⁵² Infatti, secondo l'affermazione della Corte «le norme dell'Accordo generale sono sprovviste di carattere incondizionato e che l'obbligo di riconoscere loro il valore di norme di diritto internazionale direttamente applicabili negli ordinamenti giuridici interni dei contraenti non può essere fondato sullo spirito, sulla struttura e sulla lettera dell'Accordo», sentenza 5 ottobre 1994, *Germania c. Consiglio*, cit. Il punto era già stato chiarito da SCHERMERS, *Community Law and International Law*, in *Common Market Law Review*, 1975, p. 77 ss., nella nota di commento al caso *International Fruit Company* del 1972, cit., ove affermava, «When a Community act is contrary to international law the member States may appeal within two months (appeals of individuals will rarely be possible); if they do, the Court will look into all aspects of the legality, including a possible conflict with any binding rule of international law. If no appeal is lodged within two months the act will become final to the extent that future questions about the validity under Article 177 will only be considered in relation to rules of international law which individuals can invoke in court. "Validity" in Article 177 would then have a more limited meaning than "legality" in Article 173 and would not include conflicts with rules of international law which citizens cannot invoke in court», p. 87.

¹⁵³ Sentenza 22 giugno 1989, causa 70/87, *Fediol contro Commissione*, in *Raccolta*, 1989, p. 1781 ss. Nel caso di specie, l'impresa *Fediol* contestava la legalità di un atto della Commissione di rigetto di una sua denuncia presentata ai sensi dell'art. 3, n. 5, del regolamento (CEE) del Consiglio 17 settembre 1984, n. 2641, relativo al rafforzamento della politica commerciale comune, particolarmente in materia di difesa contro le pratiche commerciali illecite (in *G.U.C.E.* 1984 n. L 252, p. 1 ss.). L'art. 2, n. 1, di tale regolamento stabilisce che sono considerate illecite tutte le pratiche imputabili ad un paese terzo che siano incompatibili, in materia di commercio internazionale, con il diritto in-

*ma*¹⁵⁴, la Corte ha stabilito la propria competenza ad effettuare tale controllo in soli due casi, e precisamente «nell'ipotesi in cui la Comunità abbia inteso dare esecuzione ad un obbligo particolare assunto nell'ambito del GATT o in quella in cui l'atto comunitario rinvii espressamente a precise disposizioni dell'Accordo generale»¹⁵⁵. Nel giudizio della Corte, quindi, le disposizioni del GATT possono produrre effetti vincolanti all'interno dell'ordinamento comunitario solo nel caso in cui

ternazionale oppure con le norme generalmente ammesse. La Corte ha ritenuto che, il combinato disposto dell'art. 3 e dell'art. 2 del regolamento, attribuisca agli operatori interessati il diritto «di invocare le norme dell'Accordo generale nella denuncia che essi presentano alla Commissione, per fare accertare la natura illecita delle pratiche commerciali da cui si ritengono lesi». In questo caso, la Corte ha affermato la propria competenza ad esercitare il «controllo della legittimità della decisione mediante la quale la Commissione ha applicato tali norme» (punto 22). La Corte ha, quindi, stabilito che, sebbene in via generale le norme del GATT non producano effetti diretti, tuttavia l'espresso rinvio, che si trova nel regolamento n. 2641/84, attribuisce ai privati il diritto di invocare in giudizio queste disposizioni. Sentenza annotata da, BRONCKERS, QUICK, *What is a Countervailable Subsidy under EEC Trade Law?*, in *Journal of World Trade*, 1989, n. 6, p. 5 ss.; APPLETON, in *American Journal of International Law*, 1990, p. 258 ss.

¹⁵⁴ Sentenza 7 maggio 1991, causa C 69/89, *Nakajima All Precision Co. Ltd contro Consiglio*, in *Raccolta*, 1991, p. I-2069 ss. Nel caso di specie, l'impresa *Nakajima* aveva invocato il conflitto tra il regolamento antidumping del Consiglio dell'11 luglio 1988, n. 2423 (in *G.U.C.E.* 1988, n. L 209, p. 1 ss.), e il codice antidumping, cioè l'Accordo relativo all'attuazione dell'art. VI dell'Accordo generale GATT approvato a nome della Comunità con decisione del Consiglio 80/271/CEE (in *G.U.C.E.* 1980, n. L 71, p. 1 ss.). A fronte dell'impugnazione di un atto adottato per adempiere obblighi internazionali assunti sulla base del codice antidumping, la Corte afferma la propria competenza a «garantire il rispetto delle disposizioni dell'Accordo generale e dei suoi provvedimenti esecutivi» e, pertanto, ad «accertare se (...) il Consiglio abbia oltrepassato i limiti del contesto normativo così stabilito e quindi se vi sia stata violazione del codice antidumping». La sentenza è annotata da, VERMULST, HOOIJER, in *Common Market Law Review*, 1992, p. 380 ss.; CASTILLO DE LA TORRE, in *European Law Review*, 1992, p. 346 ss.

¹⁵⁵ Punto 111 della motivazione della sentenza 5 ottobre 1994, *Germania c. Consiglio*, cit.

l'atto impugnato dia esecuzione dell'Accordo generale, e quindi nel caso in cui sussista un rapporto funzionale tra le norme GATT e le norme comunitarie, e nel caso in cui l'atto comunitario faccia espresso rinvio alla fonte internazionale.

2.3.2. Il limitato riconoscimento degli effetti diretti degli accordi OMC.

Il problema degli effetti diretti si pone ora in relazione agli Accordi istitutivi dell'Organizzazione mondiale del Commercio. A questo proposito, l'ultimo punto del preambolo, della decisione del Consiglio 94/800/CE, contiene la seguente formulazione «l'accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio, compresi gli allegati, non è di natura tale da essere invocato direttamente dinanzi alle autorità giudiziarie della Comunità e degli Stati membri»¹⁵⁶. Per quanto questa non sia un'affermazione giuridicamente rilevante, poiché gli effetti di un accordo nell'ordinamento comunitario non dipendono dall'atto adottato dal Consiglio per concluderlo, l'affermazione indica quello che la Commissione ed il Consiglio – e gli Stati membri – pensavano al momento della conclusione degli accordi OMC. D'altra parte non può essere negato che i nuovi accordi, rispetto al GATT, possono dirsi caratterizzati da una minore 'flessibilità', specialmente a seguito della nuova

¹⁵⁶ La possibilità di attribuire effetti diretti agli accordi OMC è stata diversamente interpretata dalla dottrina, v. GAJA, *Il preambolo di una decisione del Consiglio preclude al «GATT 1994» gli effetti diretti nell'ordinamento comunitario?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1995, p. 407 ss.; CANNIZZARO, *Sul controllo di legittimità degli atti comunitari contrastanti con il GATT*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1996, p. 118 ss.; TIMMERMANS, *L'Uruguay Round: sa mise en oeuvre par la Communauté européenne*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1994, n. 4, p. 3 ss.; MENGOZZI, *Les droits des citoyens de L'union européenne et l'applicabilité directe des accords de Marrakech*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1994, n. 4, p. ss. 165 ss.

disciplina delle procedure per la composizione delle controversie¹⁵⁷. Nonostante questo, e tutte le critiche che sono state mosse¹⁵⁸, non sembra che la giurisprudenza della Corte di Giustizia possa orientarsi nel senso di riconoscere effetto diretto alle disposizioni contenute negli accordi OMC.

Nessun caso è stato al momento sollevato in relazione all'Accordo sugli appalti pubblici¹⁵⁹. Numerosi casi sono, invece, stati sollevati in relazione a specifiche disposizioni di altri accordi del quadro OMC.

Pur continuando ad affermare l'irricevibilità dei mezzi relativi al conflitto con norme di accordi OMC, la Corte ha riconosciuto la propria competenza sotto due specifici profili. In primo luogo, nel caso *Hermès*¹⁶⁰, come nel caso *Dior*¹⁶¹, si è

¹⁵⁷ V. *supra* capitolo 1, par. 1.2.4.4.

¹⁵⁸ In questo senso, ad esempio, le argomentate conclusioni dell'Avvocato generale Tesouro, nel caso *Hermès*, e le conclusioni dell'Avvocato generale Saggio, nel caso *Portogallo c. Consiglio*, v. *infra* in questo capitolo. Sulla possibilità di riconoscere effetti diretti agli accordi GATS e TRIPS, v. EINHORN, *The Impact of the WTO Agreement on TRIPs on EC Law: A Challenge to Regionalism*, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 1094 ss.; MENGOZZI, *Le GATS: un accordo sans importance pour la CE?*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1997, n. 2, p. 27 ss.

¹⁵⁹ Né era avvenuto in relazione al Codice del 1979.

¹⁶⁰ Sentenza 16 giugno 1998, *Hermès*, causa C 53/96, in *Raccolta*, 1998, p. I-3603 ss. Annotata da, DESMEDT, in *Journal of International Economic Law*, 1998, Vol.1, p. 679 ss.; TURNER, in *Revue du marché unique européen*, 1998, p. 241 ss.; BONAFÉ, *Il contributo del caso Hermès alla soluzione dei problemi posti dagli accordi misti*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 1999, p. 109 ss.; GAGLIARDI, *The Right of Individuals to Invoke the Provisions of Mixed Agreements Before the National Courts: A New Message from Luxembourg?*, in *European Law Review*, 1999, p. 276 ss.; VON BOGDANDY, in *Common Market Law Review*, 1999, p. 663 ss.

¹⁶¹ Sentenza 14 dicembre 2000, *Parfums Christian Dior SA e Tuk Consultancy BV*, causa C 300/98, e *Assco Gerüste GmbH, Rob Van Dijk, agente sotto la denominazione commerciale «Assco Holland Steigers Plettac Nederland» e Wilhelm Layher GmbH & Co. KG, Layher BV*, causa C 392/98, in *Raccolta*, 2000, in corso di pubblicazione. Fra le prime annotazioni, NEFRAMI, *La compétence de la Cour de justice pour interpréter l'Accordo TRIPs selon*

dichiarata competente ad interpretare, nel quadro di un procedimento pregiudiziale, l'articolo 50 dell'Accordo TRIPs¹⁶², dove è prevista la facoltà dei giudici nazionali di adottare misure provvisorie in caso di rischio di violazione dei diritti dei titolari di marchio. Considerando che attiene unicamente al giudice nazionale valutare la necessità dell'adozione di tale misura, la Corte ha affermato la propria competenza a decidere relativamente alle questioni pregiudiziali di interpretazione che attengono ad una tale valutazione. Inoltre, ha rilevato che «quando una disposizione trova applicazione sia per situazioni che rientrano nel diritto nazionale sia per situazioni che rientrano nel diritto comunitario, esiste un interesse comunitario certo a che, per evitare future divergenze di interpretazione, questa disposizione riceva un'interpretazione uniforme, a prescindere dalle condizioni in cui essa verrà applicata»¹⁶³. In particolare, «poiché l'art. 50 dell'Accordo TRIPs costituisce una disposizione di procedura che va applicata nello stesso modo in tutte le situazioni che rientrano nel suo campo di applicazione e che può applicarsi sia a situazioni disciplinate dal diritto nazionale sia a situazioni disciplinate dal diritto comu-

l'arrêt «Parfums Christian Dior», in Revue du Droit de l'Union Européenne, 2001, n. 2, p. 491 ss.

¹⁶² Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (TRIPs), che figura come allegato 1 C all'accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio, anch'esso approvato con la decisione 94/800/CE. Sullo stesso accordo dovrebbe essere presto deciso il caso *V.O.F. Schieving-Nijstad contro Robert Groeneveld, «Route 66»*, ma anche sulla scorta delle conclusioni presentate dall'Avvocato generale Jacob, il 15 febbraio 2001, non sembra che la Corte possa cambiare la sua giurisprudenza.

¹⁶³ Sentenza 16 giugno 1998, *Hermès*, cit., in particolare punti 30 e 31. La Corte ha dichiarato di essere competente ad interpretare l'articolo 50 dell'Accordo TRIPs non solo nei casi in cui i giudici nazionali sono chiamati ad emettere provvedimenti provvisori per la tutela di diritti derivanti da un marchio comunitario, ma anche quando la causa riguarda diritti derivanti da un marchio tutelato dalla relativa legge nazionale, in quel caso, la legge uniforme del Benelux.

nitario, tale obbligo impone, per ragioni sia pratiche che giuridiche, che i giudici degli Stati membri e la Comunità ne adottino un'interpretazione uniforme»¹⁶⁴. In secondo luogo, nel caso *Italia contro Consiglio*, relativo ad un ricorso diretto contro un regolamento del Consiglio, sui contingenti tariffari di importazione del riso, ritenuto in conflitto con una disposizione del GATT¹⁶⁵, la Corte ha rigettato l'eccezione di inammissibilità di un tale mezzo di annullamento rilevando che il regolamento impugnato ha «inteso dare esecuzione ad un obbligo specifico assunto nell'ambito del GATT» e che pertanto «la Corte è tenuta a controllare la legittimità del regolamento (...) in relazione alle norme GATT»¹⁶⁶.

Più interessante il caso *Portogallo contro Consiglio*¹⁶⁷, dove la Corte, respingendo un ricorso per annullamento, ex arti-

¹⁶⁴ Sentenza 14 dicembre 2000, *Dior*, cit., punto 37. Inoltre, «Con riferimento ad un settore al quale si applica l'accordo TRIPs e nel quale la Comunità ha già legiferato, come avviene nel settore del marchio, dalla sentenza *Hermès* e in particolare dal suo punto 28 risulta che le autorità giudiziarie degli Stati membri sono tenute, ai sensi del diritto comunitario, quando sono chiamate ad applicare le loro norme nazionali per disporre misure provvisorie a tutela dei diritti rientranti in tale settore, a farlo nei limiti del possibile alla luce del testo e della finalità dell'art. 50 dell'accordo TRIPs», punto 47 della motivazione.

¹⁶⁵ Sentenza 12 novembre 1998, *Italia contro Consiglio*, causa C 352/96, in *Raccolta*, 1998, p. I-6937 ss. Il conflitto rilevato era relativo all'art. XXIV, paragrafo 6, del GATT e in particolare dei punti 5 e seguenti dell'intesa sull'interpretazione dell'art. XXIV del GATT 1994. Il Regolamento di cui si contestava la compatibilità è il Regolamento (CE) n. 1522 del 1996.

¹⁶⁶ Sentenza 12 novembre 1998, *Italia contro Consiglio*, cit., in particolare punti 19-21. Sul tema v. BISCARETTI DI RUFFIA, *The Common Organization of the Agricultural Market of European Community and the World Trade Organization: some legal considerations whit specific reference to the Rice Market*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2000, p. 437 ss.

¹⁶⁷ Sentenza 23 novembre 1999, *Repubblica Portoghese contro Consiglio dell'Unione europea*, causa C 149/96, in *Raccolta*, 1999, p. I-8395 ss. La sentenza è annotata da, CANNIZZARO, *Accordi confliggenti nel diritto comunitario?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2000, p. 154 ss.; PUSTORINO, *Osserva-*

colo 230 del Trattato CE, contro una decisione del Consiglio relativa alla conclusione di un memorandum d'intesa con la Repubblica islamica del Pakistan e la Repubblica indiana in materia di accesso al mercato dei prodotti tessili, ha affermato che gli accordi OMC, come i precedenti accordi GATT, si fondano su negoziati intrapresi su una base di reciprocità e di mutui vantaggi, tali da differenziare questi accordi dagli altri accordi conclusi dalla Comunità con paesi terzi¹⁶⁸. Il principio

zioni sulla legittimità degli atti comunitari in base alle norme del GATT, in Giustizia civile, 2000, I, p. 959 ss.; RUOTOLO, Organizzazione mondiale del Commercio e Ordinamento Comunitario nella giurisprudenza recente della Corte di Giustizia: un nodo ancora irrisolto, in Diritto del Commercio Internazionale, 2000, p. 1009 ss.; MENGOZZI, La Cour de Justice et l'applicabilité de l'OMC en droit communautaire à la lumière de l'affaire Portugal c. Conseil, in Revue du Droit de l'Union Européenne, 2000, p. 509 ss.; BERROD, La Cour de justice refuse l'invocabilité des accords OMC: essai de régulation de la mondialisation. A propos de l'arrêt de la Cour de justice du 23 novembre 1999, Portugal c/ Conseil (accords textiles avec le Pakistan et l'Inde, aff. C-149/96, Rec. P. I-8395), in Revue Trimestrielle de Droit Européen, 2000, p. 419 ss.; ZONNEKEYN, The Status of WTO Law in the Community Legal Order: Some Comments in the Light of the Portuguese Textiles Case, in European Law Review, 2000, p. 293 ss.; GRILLER, Judicial Enforceability of WTO Law in the European Union Annotation to case C-149/96, Portugal v. Council, in Journal of International Economic Law, 2000, p. 441 ss. Per un'analisi più ampia dei problemi sollevati dalla sentenza, MENGOZZI, Le relazioni esterne della Comunità europea, il principio di sussidiarietà e le esigenze di cooperazione poste dalla globalizzazione dell'economia, in DANIELE, Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio, Milano, 2001, p. 5 ss.

¹⁶⁸ Sentenza 23 novembre 1999, *Portogallo contro Consiglio*, cit., precisamente punti 41 e 42 della motivazione «Ne consegue che gli accordi OMC, interpretati alla luce del loro oggetto e del loro scopo, non stabiliscono i mezzi giuridici idonei a provvedere al loro adempimento in buona fede nell'ordinamento giuridico interno delle dette parti contraenti. Per quanto riguarda, più in particolare, l'applicazione degli accordi OMC nell'ordinamento giuridico comunitario, è importante rilevare che, ai sensi del suo preambolo, l'accordo che istituisce l'OMC, ivi compresi i suoi allegati, resta fondato, come il GATT del 1947, sul principio dei negoziati avviati su una base di «reciproca convenienza» e si distingue così, per quanto riguarda la Comunità, da-

di reciprocità, fondamento degli accordi OMC, induce la Corte ad affermare che se il compito di assicurare l'adattamento del diritto comunitario a questi accordi, nonché il controllo sulla legalità degli stessi, spettasse alla Corte, gli organi legislativi ed esecutivi della Comunità sarebbero limitati nella loro attività¹⁶⁹.

Il principio affermato nel caso *Portogallo contro Consiglio* è pienamente conforme al diritto internazionale. Gli atti di adattamento ad un trattato internazionale costituiscono un filtro, sia per l'operatore giuridico comunitario, sia per l'operatore giuridico nazionale, sottraendo la norma internazionale all'applicazione diretta negli ordinamenti di riferimento.

Da una parte, le disposizioni degli accordi OMC non possono costituire un criterio di valutazione della legittimità del diritto comunitario derivato, quali le direttive di adattamento agli obblighi discendenti dall'Accordo sugli appalti pubblici del 1994.

Dall'altra, le disposizioni degli accordi OMC non sono idonee a creare in capo ai singoli un diritto che questi possano invocare direttamente avanti ad un giudice, sia comunitario, sia nazionale, in forza del diritto comunitario. In due soli casi è possibile che la Corte di giustizia controlli la legittimità di un atto alla luce delle norme dell'OMC. Un primo caso, si può verificare quando, con l'atto di diritto comunitario derivato, la Comunità abbia inteso dare esecuzione ad un obbligo

gli accordi conclusi da quest'ultima con Stati terzi che instaurano una certa asimmetria degli obblighi o creano relazioni speciali di integrazione con la Comunità, come l'accordo la cui interpretazione ha formato oggetto della citata sentenza *Kupferberg*».

¹⁶⁹ Sentenza 23 novembre 1999, *Portogallo contro Consiglio*, cit., «Infatti, ammettere che il compito di assicurare la conformità del diritto comunitario a tali norme incombe direttamente al giudice comunitario equivarrebbe a privare gli organi legislativi o esecutivi della Comunità del margine di manovra di cui dispongono gli organi analoghi delle controparti commerciali della Comunità», punto 46 della motivazione.

particolare assunto nell'ambito dell'OMC. Un secondo caso, quando l'atto comunitario rinvii espressamente a precise disposizioni degli accordi OMC. Potranno invece essere tutelate dal giudice, sia comunitario, sia nazionale, le posizioni giuridiche soggettive derivanti dall'applicazione diretta delle direttive di adattamento agli obblighi discendenti dall'Accordo

Da una parte, l'Accordo sugli appalti pubblici caratterizzandosi proprio per le reciproche concessioni fra le parti contraenti, accordate su una base di reciprocità, non sembra possa far sorgere effetti diretti, sia nell'ordinamento comunitario, sia nell'ordinamento degli Stati membri della Comunità.

Dall'altra, l'adattamento ordinario operato dalle direttive costituisce un filtro al controllo di legittimità della Corte di giustizia. Solo nel caso in cui si rilevasse che specifiche disposizioni delle direttive di adattamento hanno inteso dare attuazione ad un obbligo particolare assunto nell'ambito OMC si potrebbe verificare una situazione idonea a creare in capo ai singoli un diritto che questi possano invocare direttamente avanti ad un giudice, sia comunitario, sia nazionale. Di conseguenza, il ruolo dei giudici nazionali nell'interpretazione degli accordi OMC è sicuramente compreso. La questione, però, non è nuova. Infatti, fin dal caso *International Fruit*, la Corte aveva stabilito che «dal carattere comunitario di queste norme convenzionali deriva che i loro effetti nella Comunità non possono variare a seconda che la loro applicazione incomba, in pratica, alle istituzioni comunitarie o agli Stati membri e, in quest'ultimo caso, a seconda degli effetti che il diritto di ciascuno degli Stati membri attribuisce nell'ordinamento interno agli accordi internazionali da essi conclusi. Spetta pertanto, alla Corte, nell'ambito della sua competenza ad interpretare le disposizioni degli accordi, il garantire la loro applicazione uniforme nell'intera Comunità»¹⁷⁰.

¹⁷⁰ V. sentenza 12 dicembre 1972, *International Fruit*, cit., punto 14 della motivazione. V. *supra* in questo capitolo nota 147.

La ricostruzione proposta trova anche conferma in quello che possiamo identificare come l'atto finale del *feuilleton* delle banane, un caso anche paradigmatico dei molti problemi che la Comunità deve affrontare nella gestione degli accordi commerciali¹⁷¹. Infatti, le controversie che hanno avuto origine dal regolamento comunitario che disciplina l'importazione delle banane nella Comunità si sono sviluppate, sia avanti all'Organo di composizione delle controversie¹⁷², sia all'interno dell'ordinamento comunitario. Sul versante comunitario, gli importatori tedeschi operanti nel mercato delle banane, nel

¹⁷¹ Cfr. SMITH, WOOLCOCK, *European Commercial Policy: A Leadership Role in the New Millennium*, in *European Foreign Affairs Review*, 1999, p. 439 ss.; CREMONA, *Flexible Models: External Policy and the European Economic Constitution*, in DE BÚRCA, SCOTT, *Constitutional Change in the EU: From Uniformity to Flexibility*, Oxford, 2000; CREMONA, *Neutrality or Discrimination? The WTO, the EU and External Trade*, in DE BÚRCA, SCOTT, *The Constitutional Relationship Between the EU and the WTO*, Oxford, 2001; PETERSMANN, *International Activities of the European Union and Sovereignty of Member States*, in CANNIZZARO, *The EU as an Actor of International Relations*, Atti del Convegno di Macerata 5-7 aprile 2001, in corso di pubblicazione. La posizione della Comunità, pur dovendo far fronte agli Stati Uniti, si differenzia molto da quest'ultima sotto il profilo dell'autonomia decisionale rispetto agli Stati membri, v. FLINTERMAN, *Judicial Control of Foreign Affairs: the Political Question Doctrine*, in BAKKER, *Judicial Control*, Anversa, 1995, p. 177 ss.

¹⁷² In ambito OMC troviamo, infatti, due *panel*, ex art. 21.5 dell'Intesa sulla composizione delle controversie, ed una decisione arbitrale, ex art. 22.6 della stessa Intesa: Panel 12.4.99 (WT/DS27/RW/ECU); Panel 12.4.99 (WT/DS27/RW/EEC); Lodo arbitrale 24.3.00 (WT/DS27/ARB). In dottrina, v. COTULA, *La decisione dell'OMC in merito alla controversia sul regime d'importazione delle banane nella Comunità europea*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2000, p. 229 ss.; ADINOLFI, *La soluzione delle controversie nell'OMC ed il commercio euro-statunitense*, in VENTURINI, *L'organizzazione mondiale del commercio*, Milano, 2000, p. 155 ss.; DISTEFANO, *Certezze del diritto ed esecuzione delle decisioni OMC alla luce dei primi arbitrati*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2000, p. 579 ss.; SALAS, JACKSON, *Procedural Overview of the WTO EC - Banana Dispute*, in *Journal of International Economic Law*, 2000, p. 145 ss.

1993, hanno adito la Corte di Giustizia con un ricorso per l'annullamento del regolamento 404/93 e con la richiesta di misure provvisorie. La decisione 5 ottobre 1994¹⁷³ respinge il ricorso, sui due punti, tra l'altro, affermando la priorità della politica agricola comune sia in relazione alle regole di concorrenza, sia in relazione ai diritti fondamentali delle società importatrici. Altri due ricorsi sono proposti, ancora sulla validità del regolamento¹⁷⁴ e sulla possibilità delle giurisdizioni nazionali di accordare misure provvisorie¹⁷⁵, ma in relazione all'applicazione dei contingentamenti. Il 25 gennaio 1995 il Bundesverfassungsgericht¹⁷⁶ afferma la competenza del giudice tedesco a decidere sul regolamento comunitario in relazione alla tutela del diritto di proprietà, nel caso in cui sia segnalato il pericolo di fallimento di una società. La decisione *Port* del 1996¹⁷⁷, stabilisce, invece, che le misure nazionali che autorizzino la modifica dei contingentamenti hanno carattere eccezionale e che le misure transitorie adottate dalla Commissione sono sufficienti, in quel caso, a garantire gli interessi ed i diritti fondamentali degli operatori economici. Nel frattempo, una decisione del Consiglio modifica il regolamento controverso. Un nuovo ricorso per annullamento è proposto dalla Germa-

¹⁷³ Sentenza della Corte di Giustizia 5 ottobre 1994, *Germania c. Consiglio*, causa C 280/93, in *Raccolta*, 199, p. I-4973 ss., citata.

¹⁷⁴ Sentenza della Corte di Giustizia 9 novembre 1995, *Atlanta*, causa C 466/93, in *Raccolta*, 1995, p. I-3761 ss. V. sulla vicenda EVERLING, *Will Europe Slip on Bananas? The Banana Judgement of the Court of Justice and National Courts*, in *Common Market Law Review*, 1996, p. 401 ss.

¹⁷⁵ Sentenza della Corte di Giustizia 9 novembre 1995, *Atlanta*, causa C 465/93, in *Raccolta*, 1995, p. I-3799 ss.

¹⁷⁶ 2BvR 2689/94 in EuGRZ 1995, p. 170 ss.

¹⁷⁷ Sentenza della Corte di Giustizia 26 novembre 1996, *T. Port GmbH & Co. KG contre Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung*, causa C 68/95, in *Raccolta*, 1996, p. I-6065 ss. Sentenza annotata da, BELLANTUONO, in *Foro italiano*, 1997, IV, Col. 248 ss.; GAUTIER, in *Journal du droit international*, 1997, p. 495 ss.; ALBORS-LLORENS, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 227 ss.; PEERS, in *European Law Review*, 1998, p. 146 ss.

nia¹⁷⁸. Negli stessi giorni arriva a sentenza, il rinvio pregiudiziale proposto da un altro giudice tedesco¹⁷⁹. Altre cause, sempre contro lo stesso regolamento, sono intentate avanti al Tribunale delle Comunità europee¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Sentenza della Corte di Giustizia 10 marzo 1998, *Germania contro Consiglio*, causa C 122/95, in *Raccolta*, 1998, p. I-973 ss. Annotata da, DE SMIJTER, in *Revue du marché unique européen*, 1998, p. 148 ss.; PEERS, in *European Law Review*, 1999, p. 185 ss.; MEHDI, in *Journal du droit international*, 1999, p. 518 ss.

¹⁷⁹ Sentenza della Corte di Giustizia 10 marzo 1998, *T. Port GmbH contro Hauptzollamt Hamburg, Jonas*, causa C 364/95, in *Raccolta*, 1998, p. I-1023 ss. In questo caso, la ricorrente aveva sostenuto che l'art. 234 (ex art. 177) sancisse il primato delle convenzioni internazionali, concluse prima dell'entrata in vigore del Trattato CE sulle disposizioni del diritto comunitario incompatibili con esse. La Corte, conformemente alla sua precedente giurisprudenza, ha stabilito che tale disposizione è diretta a precisare, conformemente ai principi di diritto internazionale, che l'applicazione del Trattato CE non pregiudica l'impegno dello Stato membro interessato di rispettare i diritti degli Stati terzi derivanti da una convenzione anteriore e di adempiere gli obblighi corrispondenti. Conseguentemente, per stabilire se una norma comunitaria possa essere resa inoperante da una convenzione internazionale anteriore, è necessario esaminare se questa imponga allo Stato membro interessato obblighi il cui adempimento può essere ancora preteso dagli Stati terzi che sono parti contraenti della convenzione. Per questo, la possibilità che una norma comunitaria sia resa inoperante da una convenzione internazionale è subordinata alla duplice condizione. Deve trattarsi di una convenzione conclusa precedentemente all'entrata in vigore del Trattato CE, ed il paese terzo interessato possa vantare dei diritti di cui può chiedere il rispetto da parte dello Stato membro interessato. Chiaramente, queste condizioni non ricorrono negli accordi OMC, dove il GATT 1994 ha sostituito il GATT 1947. La sentenza è annotata da, PEREZ, in *Revue du marché unique européen*, 1998, p. 263 ss.

¹⁸⁰ Sentenza del Tribunale 20 marzo 2001, *Cordis Obst und Gemüse Großhandel GmbH contro Commissione*, causa T 18/99, non ancora pubblicata. Sentenza del Tribunale 20 marzo 2001, *Bocchi Food Trade International GmbH contro Commissione*, causa T 30/99, non ancora pubblicata. Sentenza del Tribunale 20 marzo 2001, *T. Port GmbH & Co. KG contro Commissione*, causa T 52/99, non ancora pubblicata. Sentenza del Tribunale 12 luglio 2001, *T. Port GmbH & Co. KG contro Consiglio*, causa T 2/99, non ancora pubblica-

Una svolta nei rapporti tra giudici tedeschi e giudici comunitari avviene nel giugno 2000, quando il Bundesverfassungsgericht dichiara irricevibile una questione pregiudiziale diretta all'annullamento del regolamento comunitario che disciplina l'importazione delle banane nella Comunità¹⁸¹. L'ordinanza, di assoluto rilievo in relazione alla protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario¹⁸², rappresenta anche l'accettazione, da parte di una giurisdizione costituzionale nazionale¹⁸³, dei limiti del controllo giurisdizionale sugli atti comunitari di adattamento agli accordi OMC.

2.3.3. Sugli effetti delle decisioni OMC nell'ordinamento comunitario.

Un ultimo punto rilevante, è relativo agli effetti che le relazioni dell'organo di soluzione delle controversie OMC, piuttosto che dell'Organo d'appello, relative all'Accordo sugli ap-

ta. Sentenza del Tribunale 12 luglio 2001, *Banatrading GmbH contro Consiglio*, causa T 3/99, non ancora pubblicata.

¹⁸¹ L'ordinanza del Bundesverfassungsgericht, 7 giugno 2000, è pubblicata, in lingua francese, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2001, p. 155 ss.

¹⁸² L'ordinanza è stata definita anche un 'trattato di pace' con la Corte delle Comunità europee, GREWE, *Le «traité de paix» avec la Cour de Luxembourg: l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 7 juin 2000 relatif au règlement du marché de la banane*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2001, p. 1 ss.; v. anche ELBERS, URBAN, *The Order of the German Federal Constitutional Court of 7 June 2000 and the Kompetenz-Kompetenz in the European Judicial System*, in *European Public Law*, 2001, p. 21 ss.; HOFFMEISTER, *German Bundesverfassungsgericht: Alcan, Decision of 17 February 2000; Constitutional Review of EC Regulation on Bananas of 7 June 2000*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 791 ss.

¹⁸³ Una giurisdizione costituzionale, ci permettiamo di notare, che è sempre stata molto attenta alla definizione degli ambiti di competenza tra Corte comunitaria e giudici nazionali. Basti ricordare le precedenti decisioni del Bundesverfassungsgericht *Solange I*, *Solange II* e *Maastricht*.

palti pubblici del 1994, possono avere nell'ordinamento comunitario¹⁸⁴. È chiaro che il problema ha una rilevanza più generale in relazione a tutte le decisioni OMC. È altrettanto chiaro che la soluzione di questo problema necessiterebbe una disamina approfondita del sistema di composizione delle controversie come disciplinato dall'Intesa e dagli altri accordi in materia¹⁸⁵. Possiamo comunque osservare che la stessa previsione di ricorsi per 'non violation complaints' mal si concilia con l'istituzione di un sistema di tipo giurisdizionale¹⁸⁶.

Peraltro, nel parere 1/92, la Corte di Giustizia ha affermato che un accordo internazionale non deve contenere norme sulla soluzione delle controversie che possano ledere l'autonomia dell'ordinamento giuridico comunitario¹⁸⁷. E non vi

¹⁸⁴ Nell'unico caso in cui è stata richiesta una decisione dell'Organo di composizione delle controversie relativamente alle disposizioni dell'Accordo sugli appalti pubblici il procedimento è stato sospeso, e poi cancellato, a causa dell'abrogazione della legge nazionale degli Stati Uniti di cui era stata fatta valere l'illegittimità. Sul caso v. *infra* capitolo 3 par. 3.3.3.1.

¹⁸⁵ V. *supra* capitolo 1, paragrafo 1.2.4.4. relativamente al sistema di soluzione delle controversie avanti l'Organo di composizione delle controversie.

¹⁸⁶ Specificamente sugli effetti delle decisioni dell'Organo di composizione delle controversie v. BENEYTO, *The EU and the WTO. Direct Effect of the New Dispute Settlement System?*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1996, p. 295 ss.; CHUA, *The Precedential Effect of the WTO Panel and Appellate Body Reports*, in *Leiden Journal of International Law*, 1998, p. 45 ss.; OTT, *The Friction Between GATT/WTO Law and EC Law: Some Critical Remarks on the Case Law of the ECJ*, in HEERE, *International Law and The Hague's 750th Anniversary*, The Hague, 1999, p. 373 ss.; ZONNEKEYN, *The Legal Status of WTO Panel Reports in the EC Legal Order. Some Reflections on the Opinion of Advocate General Mischo in the Atlanta Case*, in *Journal of International Economic Law*, 1999, p. 713 ss.; ROSAS, *Implementation and Enforcement of WTO Dispute Settlement Findings: an EU Perspective*, in *Journal of International Economic Law*, 2001, p. 131 ss.; VAN DEN BROEK, *Legal Persuasion, Political Realism, and Legitimacy: the European Court's Recent Treatment of the Effect of WTO Agreements in the EC Legal Order*, in *Journal of International Economic Law*, 2001, p. 411 ss.

¹⁸⁷ Parere della Corte di Giustizia 10 aprile 1992, parere 1/92, in *Raccolta*, 1992, p. I-2821 ss., in particolare, «le disposizioni dell'accordo riguardanti

sono motivi per ritenere che, se richiesta sul punto in relazione agli Accordi dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, la Corte avrebbe scelto di modificare la propria giurisprudenza¹⁸⁸.

Sulla scorta di quanto osservato in tema di effetti diretti dell'Accordo sugli appalti pubblici nell'ordinamento comunitario riteniamo che la soluzione del problema debba essere ri-

la risoluzione delle controversie, nella misura in cui il principio, secondo il quale le decisioni adottate dal comitato misto non possono in nessun caso incidere sulla Giurisprudenza della Corte di Giustizia, sia enunciato in una forma tale da vincolare le Parti contraenti». Anche punto 36 della motivazione, « (...) Ne consegue che la composizione delle controversie mediante arbitro non è tale da ledere l'autonomia dell'ordinamento giuridico comunitario». Il parere è annotato da, LANG, *L'Accordo sullo Spazio Economico Europeo e la compatibilità col diritto comunitario*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1992, p. 575 ss.; BARENTS, *The Court of Justice and the EEA-Agreement. Between Constitutional values and political realities*, in *Rivista di diritto europeo*, 1992, p. 751 ss.; SCHERMERS, in *Common Market Law Review*, 1992, p. 991 ss.; HARTLEY, *The European Court and the EEA*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1992, p. 841 ss.; GAUDISSERT, *La portée des avis 1/91 e 1/92 de la Cour de Justice des Communautés européennes relatifs à la création de l'Espace Economique Européen. Entre autonomie et homogénéité l'ordre juridique communautaire en péril ...*, in *Revue du marché unique européen*, 1992, n. 2, p. 121 ss.; BOULOUIS, *Les avis de la Cour de Justice des Communautés sur la compatibilité avec le Traité CEE du projet d'accord créant l'Espace économique européen (EEE)*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1992, p. 457 ss.; VAN GREVEN, *The Genesis of the EEA Law and the Principles of Primacy and Direct Effect*, in *Fordham International Law Journal*, 1992-1993, p. 955 ss.; BIERWAGEN, HULL, in *American Journal of International Law*, 1993, p. 117 ss.; CRUZ VILAÇA, PIÇARRA, *Y a-t-il des limites matérielles à la révision des Traités instituant les Communautés Européennes?*, in *Cahiers de droit européen*, 1993, p. 3 ss.; AUVRET-FINCK, in *Cahiers de droit européen*, 1993, p. 38 ss.; TUFANO, *La Corte di Giustizia e lo Spazio Economico europeo*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1994, p. 759 ss.

¹⁸⁸ Come ha rilevato, PESCATORE, *Opinion 1/94 on 'Conclusion' of the WTO Agreement: is there an escape from a programmed disaster?*, in *Common Market Law Review*, 1999, p. 387 ss., questa avrebbe dovuto essere una delle questioni che le istituzioni avrebbero dovuto porre alla Corte, piuttosto che i limiti della nozione di politica commerciale comune.

cercata nel ruolo che le istituzioni comunitarie devono ricoprire nella conclusione e nella gestione degli accordi internazionali della Comunità.

Da una parte, evidenziamo una tendenza a ricercare la composizione di eventuali controversie con gli altri membri dell'Organizzazione mondiale del commercio attraverso mezzi di soluzione diplomatica che privilegiano l'accordo tra le parti. Ad esempio, a seguito di intensi dibattiti con gli altri interlocutori commerciali, la Commissione è giunta ad un'intesa con gli Stati Uniti e l'Ecuador che consente di risolvere la controversia della banana¹⁸⁹.

Dall'altra, evidenziamo una tendenza ad introdurre nell'ordinamento comunitario specifici atti normativi per garantire l'esecuzione delle decisioni OMC, senza privare le istituzioni comunitarie della loro legittimazione alla conclusione e alla gestione degli accordi internazionali. In particolare il Regolamento (CE) n. 1515/2001¹⁹⁰ disciplina i provvedimenti che la Comunità può prendere, facendo seguito ad una relazione adottata dall'organo di conciliazione dell'OMC, in materia di misure antidumping e antisovvenzioni. In forza di questo regolamento, al fine di introdurre nell'ordinamento comunitario interpretazioni giuridiche formulate in una relazione adottata dall'Organo di composizione delle controver-

¹⁸⁹ La soluzione concordata poggia sull'applicazione di un regime transitorio di contingenti tariffari d'importazione di banane, in attesa dell'entrata in vigore di un sistema unicamente tariffario previsto, al più tardi, a decorrere dal 1° gennaio 2006. In questo modo gli Stati Uniti si sono dichiarati d'accordo a sospendere le sanzioni a decorrere dal 1° luglio 2001. V. regolamento della Commissione 896/2001/CE del 7 maggio 2001, recante modalità di applicazione del regolamento del Consiglio 404/93/CEE in ordine al regime di importazione delle banane nella Comunità - in *G.U.C.E.* 8.5.2001, n. L 126.

¹⁹⁰ In *G.U.C.E.* 26.7.2001, n. L 20, p. 10 ss., entrato in vigore lo stesso giorno della pubblicazione, ed applicabile alle decisioni adottate dall'OMC dopo il 1 gennaio 2001. La proposta di regolamento, COM (2001)379 def., presentata dalla Commissione il 5 luglio 2001, in *G.U.C.E.* 25.9.2001, n. C 270 E, p. 242 ss.

sie, il Consiglio può abrogare o modificare misure precedentemente adottate, o adottare qualsiasi altra misura speciale ritenuta appropriata alle circostanze. Se non diversamente specificato, le misure così adottate non hanno effetto retroattivo, quindi, non possono servire in alcun modo come base per ottenere il rimborso dei dazi riscossi prima della data di entrata in vigore delle misure stesse¹⁹¹.

¹⁹¹ Art. 3 del Regolamento (CE) n. 1515/2001.

CAPITOLO TERZO

LA SELEZIONE DEGLI OPERATORI ECONOMICI

SOMMARIO: 3.1. Notazioni preliminari. – 3.2. La qualificazione soggettiva dei candidati al fine della partecipazione alle gare. – 3.2.1. L'obbligo di pubblicazione delle condizioni richieste nella singola procedura di aggiudicazione. – 3.2.2. La situazione personale degli operatori economici: i casi di esclusione. – 3.2.3. Le condizioni di partecipazione alle procedure di aggiudicazione. – 3.2.3.1. La capacità di realizzare l'appalto, quale unica condizione di partecipazione prevista dall'Accordo sugli appalti pubblici. – 3.2.3.2. L'iscrizione ai registri professionali. Lo status professionale dei candidati. – 3.2.3.3. La capacità finanziaria ed economica. – 3.2.3.4. La capacità e competenza tecnica. – 3.2.4. L'iscrizione degli operatori economici negli elenchi ufficiali. – 3.3. I criteri di aggiudicazione dell'appalto pubblico. – 3.3.1. I due criteri previsti: il prezzo più basso e l'offerta economicamente più vantaggiosa. – 3.3.1.1. Il procedimento per l'esclusione dell'offerta anomala. – 3.3.2. La definizione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. – 3.3.2.1. Le valutazioni fondate su parametri ambientali. – 3.3.2.2. La possibilità di integrare aspetti sociali. – 3.3.2.3. La riserva a favore di determinate imprese. – 3.3.3. I sistemi di preferenza sul prezzo. – 3.3.3.1. Il caso della legge dello Stato del Massachusetts contro la violazione dei diritti dell'uomo in Birmania: la tutela dei diritti fondamentali.

3.1. Notazioni preliminari.

La possibilità di partecipare ad una gara e, eventualmente, di essere aggiudicatari di un contratto d'appalto pubblico è condizionata al preventivo accertamento, da parte delle entità aggiudicatrici, dell'identificazione delle caratteristiche necessarie al singolo contratto, nonché della sussistenza di specifici requisiti dai quali poter desumere l'effettiva idoneità dei candidati rispetto alla prestazione da eseguire.

Questa attività di accertamento costituisce uno dei momenti fondamentali nella scelta del contraente e corrisponde alla funzione di consentire il reperimento sul mercato del soggetto che, presumibilmente, sia in condizioni di meglio soddisfare l'interesse pubblico e a quella di garantire il rispetto del principio di non discriminazione e di *par condicio* tra gli operatori economici. Da un lato, la verifica dell'affidabilità del potenziale candidato è strumentale all'effettivo corretto adempimento della prestazione ricercata. Dall'altro, la valutazione sulla sussistenza dei requisiti è un momento molto sensibile al fine di instaurare di una effettiva concorrenza nel mercato di riferimento e, di conseguenza, di una reale liberalizzazione degli scambi nel settore degli appalti pubblici.

È chiaro che la realizzazione di un'effettiva concorrenza nel campo degli appalti pubblici impone di evitare che la selezione degli operatori economici sia fatta sulla base di criteri scelti arbitrariamente dalle amministrazioni aggiudicatrici¹.

Le norme sui «criteri di selezione qualitativa» hanno un duplice scopo. Da un lato, armonizzano le condizioni di presentazione delle offerte, o di partecipazione dei candidati, semplificando la partecipazione degli operatori economici alle procedure di aggiudicazione. Dall'altro, stabiliscono criteri di scelta obiettivi e comuni, in questo modo incrementando la trasparenza delle procedure e semplificando la fase eventuale del controllo sull'aggiudicazione.

L'analisi che segue verrà, quindi, condotta sulle norme rilevanti sia dell'Accordo sugli appalti pubblici, sia delle direttive comunitarie attualmente in vigore.

¹ Riteniamo, infatti, le altre norme contenute nell'Accordo del 1994 e nelle direttive di liberalizzazione degli appalti pubblici rispondano al bisogno di mere norme di procedura relative al comportamento delle autorità aggiudicatrici, per determinare un'omogeneità di procedure amministrative tra amministrazioni, ma che il fulcro della normativa internazionale degli appalti pubblici debba essere ricondotta alla disciplina delle qualificazioni e della scelta del contraente, perché sono queste le norme che realmente possono influire sui meccanismi di apertura del mercato alla concorrenza.

Peraltro rileviamo che nel maggio 2000 la Commissione ha presentato due proposte di direttiva sugli appalti pubblici che modificano l'attuale quadro normativo adattandolo al mutato contesto economico e sociale dell'Unione europea, con particolare riferimento all'evoluzione tecnologica degli ultimi anni e al processo di liberalizzazione in atto negli Stati membri. Le proposte sono il frutto di un lungo e laborioso lavoro. Infatti, nel 1996 la Commissione aveva pubblicato un Libro verde dal titolo "*Gli appalti pubblici nell'Unione europea. Spunti di riflessione per il futuro*"², cui è seguito un confronto con i vari settori economici interessati, gli Stati membri e le istituzioni. Dopo aver analizzato tali contributi, la Commissione ha fissato le linee direttrici della sua azione nella comunicazione "*Gli appalti pubblici nell'Unione europea*"³. L'esigenza emersa da questo dibattito di semplificare il quadro giuridico, adattandolo all'era elettronica, pur senza sconvolgerne l'assetto fondamentale, emersa da questo dibattito⁴ ha portato la Commissione a presentare due proposte di direttiva. Una, Com(2000)275⁵, relativa agli appalti di forniture, servizi e lavori aggiudicati nell'ambito dei settori tradiziona-

² COM(96) 583 def. del 27 novembre 1996. Sul c.d. Libro Verde, l'editoriale del Commissario incaricato del 'Mercato Interno', MONTI, *Marchés publics et Marché Unique*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1996, p. 5. Per un'analisi, ARROWSMITH, *The Way Forward or a Wrong Turning? An Assessment of European Community Policy on Public Procurement in the Light of the Commission's Green Paper*, in *European Public Law*, 1997, p. 389 ss.

³ COM(98) 143 def. dell'11 marzo 1998, analizzato da ARROWSMITH, *The Community's Legal Framework on Public Procurement: "The Way Forward" at Last?*, in *Common Market Law Review*, 1999, p. 13 ss.

⁴ V. MATTERA, *Vers un Code européen des marchés publics. Simplification, modernisation et clarification de la réglementation existante*, in *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2000, p. 523 ss.

⁵ Commissione delle Comunità Europee, COM(2000) 275 definitivo del 10 maggio 2000 (in *G.U.C.E.* 30.1.2001, n. C 29 E, p. 11 ss.), Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, di servizi e di lavori.

li⁶, l'altra, Com(2000)276⁷, relativa agli appalti affidati da enti

⁶ Con questa proposta, la Commissione ha annunciato una codificazione delle tre direttive "classiche", quindi la loro fusione in un testo unico.

Le modifiche proposte dalla Commissione si articolano in due gruppi, uno relativo alla semplificazione materiale delle direttive, l'altro relativo alle modificazioni del quadro giuridico esistente. Per quanto concerne la semplificazione delle direttive esistenti, la proposta estende a tutti gli appalti l'applicabilità di disposizioni che attualmente sono applicabili, senza una ragione particolare, solo ad alcuni appalti. La proposta assume, quindi, la forma di un testo unico per gli appalti di forniture, di lavori e di servizi. Anziché far riferimento a testi distinti che trattano in gran parte le stesse questioni, costituiti rispettivamente da 35 articoli (forniture), 37 articoli (lavori) e 45 articoli (servizi), è stato proposto un testo unico più chiaro nella sua struttura, composto da 82 articoli. Le disposizioni sono, quindi, raggruppate in sei titoli: definizioni, disposizioni specifiche applicabili agli appalti pubblici, concessione di diritti speciali o esclusivi, disposizioni specifiche applicabili ai concorsi nel settore dei servizi, disposizioni nel settore delle concessioni e disposizioni finali. In tali titoli, segnatamente nel secondo riguardante le disposizioni specifiche applicabili agli appalti pubblici, le norme sono state ordinate in modo tale da seguire l'ordine logico dello svolgimento di una procedura di aggiudicazione di un appalto, a cominciare dai principi e dal campo d'applicazione. Per quanto concerne, invece, le modifiche di fondo, l'obiettivo dichiarato dalla Commissione è nel senso di aggiornare, di semplificare e di rendere più flessibile la disciplina, per tenere conto delle nuove tecnologie e delle modifiche che intervengono nel contesto economico e per rispondere ai rilievi circa un'eccessiva rigidità delle procedure, contrastante con le esigenze dei committenti pubblici. In particolare, la proposta individua sette aspetti riguardo ai quali ritiene opportuno proporre modifiche sostanziali. L'introduzione di meccanismi di committenza per via elettronica e degli effetti da questi prodotti con riguardo all'abbreviazione dei termini di una procedura d'aggiudicazione; l'introduzione di una nuova ipotesi di procedura negoziata che, nel caso degli appalti particolarmente complessi, permetterebbe un "dialogo" tra le amministrazioni aggiudicatrici e i vari candidati pur garantendo la lealtà della concorrenza e il rispetto della parità di trattamento; la possibilità offerta ai committenti pubblici di stipulare accordi cosiddetti "quadro", i cui termini non siano fissati per intero e nell'ambito dei quali possano essere aggiudicati degli appalti senza applicare, per ciascuno di essi, il complesso degli obblighi della direttiva; un chiarimento delle disposizioni relative alle specifiche tecniche, nell'ottica di garantire una concorrenza effettiva mediante la partecipazione del maggior numero possibile di offerenti e in particolare di imprese innovative; un rafforzamento delle disposizioni relative ai criteri d'aggiudicazione e alla selezione; una semplificazione delle soglie.

⁷ Commissione delle Comunità Europee, COM(2000) 276 definitivo del

erogatori di acqua, di energia e che forniscono servizi di trasporto, escludendo dalla disciplina gli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni⁸. L'iter legislativo delle due proposte non è ancora terminato⁹, per questo nella trattazione

10 maggio 2000 (in *G.U.C.E.* 30.1.2001, n. C 29 E, p. 112 ss.), Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua, di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto.

⁸ Riguardo, invece, alla direttiva 93/38/CEE sui settori speciali, l'intento della Commissione non è solo quello di semplificare e modernizzare la disciplina vigente ma, soprattutto, quello di riesaminare il campo di applicazione della direttiva stessa per verificare se, data la liberalizzazione gradualmente introdotta in questi settori, esso sia ancora adeguato. La Commissione, quindi, ha previsto, anche per i settori speciali, l'introduzione di meccanismi di acquisto elettronico, la semplificazione delle soglie e delle norme sulle specifiche tecniche. Inoltre, è stata introdotta una disposizione specifica sulla trasparenza delle gare, che estende gli obblighi di informazione introdotti dalla direttiva 98/4/CE, a ogni tipo di appalto, e non solo agli appalti aggiudicati nell'ambito dei settori rientranti nell'Accordo del 1994. Infatti, la direttiva 98/4/CE nel prevedere l'obbligo, per le stazioni appaltanti, di informare tempestivamente i concorrenti circa l'esito della gara ovvero i motivi della loro esclusione o della esclusione della loro offerta, limitava espressamente tale obbligo solo in capo agli enti operanti nei settori rientranti nell'ambito dell'Accordo del 1994. Ciò con evidente discriminazione. Con riferimento, infine, alla possibilità di escludere, dal campo di applicazione della direttiva 93/38/CEE, alcuni servizi al verificarsi di condizioni di effettiva concorrenza, sono state formulate soluzioni differenziate in considerazione del differente stato di avanzamento della liberalizzazione nei vari settori e nei diversi Paesi. Sul punto, in particolare, vale osservare che la Commissione, nella comunicazione sugli appalti pubblici del 1998 – cit. *supra* nota 3 – si era già pronunciata a favore della liberalizzazione progressiva dei settori speciali, dichiarando la volontà, riconfermata nel testo attuale, di escludere dall'ambito di applicazione della 93/38/CEE quei servizi e/o settori al verificarsi di condizioni di concorrenza effettiva. Così, considerando che nel settore delle telecomunicazioni esiste oggi un'effettiva concorrenza, viene meno la ragione dei vincoli imposti e viene proposta l'esclusione di questo settore dall'ambito di applicazione della direttiva 93/38/CEE.

⁹ Per il parere del Comitato economico e sociale in merito alla «Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordina-

che segue continueremo a far riferimento alle "vecchie" direttive, come modificate dalle specifiche direttive di adattamento agli obblighi discendenti dall'Accordo sugli appalti pubblici del 1994¹⁰.

3.2. *La qualificazione soggettiva dei candidati ai fine della partecipazione alle gare.*

La disciplina della fase di selezione dei candidati nell'Accordo del 1994 si caratterizza per la ricerca della massima apertura alla partecipazione alle gare degli appalti pubblici. Il divieto di discriminazioni e l'obbligo del trattamento nazionale vengono, in questo contesto, tradotti in un sistema di qualificazione 'aperta' dei candidati.

Dal punto di vista formale, l'Accordo del 1994 concentra nell'articolo VIII la disciplina della qualificazione dei fornitori. La terminologia utilizzata risente della precedente formulazione inserita nell'articolo V del Codice del 1979, ma la disposizione è stata modificata sia in relazione al diverso ambito di applicazione dell'Accordo del 1994, sia in relazione alla disciplina materiale ricercata. In particolare, la ricerca della concorrenza tra gli operatori economici viene a realizzarsi attraverso pregnanti obblighi di informazione ai potenziali candidati, l'ampliamento della fase di qualificazione anche ad un momento successivo alla pubblicazione del bando di gara e l'introduzione di un preciso obbligo di motivazione dell'entità aggiudicatrice a favore di tutti gli operatori economici non ritenuti idonei alla realizzazione dell'appalto.

Quale obbligo di carattere generale, è fatto divieto alle entità aggiudicatrici di operare discriminazioni tra operatori

mento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, servizi e di lavori», v. *G.U.C.E.* 10.7.2001, n. C 193, p. 7 ss.

¹⁰ V. *supra* capitolo 1, par 1.3.4. e capitolo 2, par. 2.2.1.

economici stranieri oppure tra operatori economici nazionali ed operatori economici stranieri ai fini della qualificazione dei candidati alle gare¹¹. Specificatamente, le Parti Contraenti dovranno curare che tutte le stazioni appaltanti del loro territorio seguano, tranne che in casi di comprovata necessità, identiche procedure di qualificazione¹². Inoltre, le stazioni appaltanti, nella fase di qualificazione dei fornitori, non devono attuare discriminazioni di alcun tipo e, a tal fine, devono rendere pubbliche, in tempo utile, le condizioni di partecipazione alle procedure di gara.

Anche le direttive hanno quale obiettivo di impedire che la selezione degli operatori economici e la valutazione delle loro offerte avvenga in base a criteri arbitrari fissati dalle amministrazioni aggiudicatrici. In particolare, i titoli IV, IV, e VI, rispettivamente delle direttive lavori, forniture e servizi fissano le norme comuni di partecipazione alla procedura di aggiudicazione, i criteri per la selezione quantitativa dei prestatori di servizi e i criteri di aggiudicazione degli appalti. La direttiva settori esclusi, invece, nel suo Titolo V, propone un unico gruppo di norme, genericamente dedicate alla qualificazione, alla selezione e all'aggiudicazione.

La selezione qualitativa dei candidati è quindi articolata su due fasi. La prima fase verifica che nessuno dei candidati ricada in una delle possibili cause di esclusione previste dalle

¹¹ Il principio era già inserito nell'art. V, par. 2, del Codice del 1979, la stessa formulazione è stata inserita nell'Accordo del 1994, all'art. VIII, «Qualification des fournisseurs», «Dans la qualification des fournisseurs, les entités ne feront de discrimination ni entre les fournisseurs des autres Parties ni entre les fournisseurs nationaux et les fournisseurs des autres Parties (...)».

¹² L'art. VIII, «Qualification des fournisseurs», lett.g), «chaque Partie fera en sorte que: i) chaque entité et ses différents services suivent une procédure de qualification unique, sauf dans les cas où la nécessité de suivre une procédure différente est dûment établie; ii) des efforts soient faits pour réduire au minimum les différences de procédures de qualification entre entités».

direttive. Nella seconda fase, tra i candidati rimasti, viene accertata l'idoneità professionale e la capacità finanziaria ed economica richiesta per la singola gara, secondo determinati criteri e modalità di prova. Questa scansione non è ben precisata nella direttiva settori esclusi, si deve comunque ritenere che, pur con le previste variazioni, le due fasi di selezione si debbano svolgere in modo analogo.

Al fine di evitare l'applicazione di criteri discriminatori, le direttive non si limitano a stabilire i criteri di selezione in base ai quali l'amministrazione aggiudicatrice può escludere, in considerazione della loro situazione personale, taluni candidati dalla partecipazione ad un appalto, ma tendono a stabilire le modalità secondo le quali i candidati possono dimostrare di soddisfare i criteri di selezione, in questo differenziandosi rispetto all'Accordo del 1994¹³. In particolare, le direttive non vogliono limitare la competenza degli Stati membri in merito alla determinazione del livello di capacità tecnica e finanziaria o della competenza e capacità tecnica e professionale necessaria per un determinato appalto, vogliono, invece, stabilire a quali documenti o mezzi di prova l'operatore economico può far riferimento per dimostrare tale capacità. Tuttavia, la competenza degli Stati membri non è illimitata, in quanto questi sono tenuti al rispetto di tutte le disposizioni della normativa comunitaria, in particolare quelle derivanti dai principi del Trattato CE relativi alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi.

Sebbene, l'idoneità degli operatori debba essere verificata sia nelle procedure aperte (*procédure d'appel d'offres ouverte*), sia in quelle ristrette (*procédure d'appel d'offres sélective*) o negoziate (*procédure d'appel d'offres limitée*)¹⁴, l'esito favorevole della verifica non produce gli stessi effetti nelle tre procedure.

¹³ V. *infra* par. 3.2.3.1.

¹⁴ Secondo l'art. VII, «Procédures de passation des marchés», «Aux fins du présent accord: a) La procédure d'appel d'offres ouverte est celle selon

Nell'ambito di una procedura aperta, il fatto che l'offerente soddisfi i criteri di selezione prefissati gli conferisce automaticamente il diritto di partecipare alla procedura di aggiudicazione. L'amministrazione aggiudicatrice ha quindi l'obbligo di esaminare le offerte di tutti i partecipanti ammessi. Nell'ambito delle procedure ristrette e negoziate, invece, i candidati che soddisfano i criteri di selezione prefissati possono essere esclusi dalla procedura di aggiudicazione nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice decida di limitare, secondo le modalità indicate nelle direttive, il numero dei soggetti invitati a presentare un'offerta o alla trattativa.

La selezione dei candidati, che saranno invitati a presentare un'offerta ovvero a negoziare, può essere effettuata soltanto tra quanti hanno presentato candidatura in seguito alla pubblicazione del bando di gara e sono in possesso delle qualifiche richieste nelle procedure. Le amministrazioni aggiudicatrici non sono tenute ad invitare tutti i candidati che soddisfano i requisiti prescritti per la partecipazione; quelli che sono invitati, però, devono essere selezionati attraverso criteri di selezione qualitativa oggettivi e trasparenti, stabiliti all'inizio della procedura.

laquelle tous les fournisseurs intéressés peuvent soumissionner; b) La procédure d'appel d'offres sélective est celle selon laquelle, conformément au paragraphe 3 de l'article X et aux autres dispositions pertinentes du présent accord, les fournisseurs admis à soumissionner sont ceux qui sont invités à le faire par l'entité; c) La procédure d'appel d'offres limitée est celle selon laquelle l'entité s'adresse à des fournisseurs individuellement, dans les seules circonstances énoncées à l'article XV».

Allo stesso modo, le direttive definiscono «procedura aperta», le procedure nazionali nell'ambito delle quali tutti i fornitori interessati possono presentare offerte; «procedura ristrette», le procedure nazionali nell'ambito delle quali possono presentare offerte soltanto i fornitori invitati dall'amministrazione; «procedura negoziate», le procedure nazionali nell'ambito delle quali le amministrazioni consultano i fornitori di loro scelta e negoziano i termini del contratto con uno o più di essi, art. 1, lett. d, e, f, della direttiva 92/50/CEE, art. 1, lett. d, e, f, della direttiva 93/36/CEE, art. 1, lett. e, f, g, della direttiva 93/37/CEE ed art. 1, numero 7, della direttiva 93/38/CEE.

Le direttive comunitarie permettono alle amministrazioni aggiudicatrici di limitare il numero delle persone invitate a presentare un'offerta, ovvero a negoziare. Permane inalterato, l'obbligo di selezionare i candidati in possesso dei migliori requisiti rispetto ai criteri di selezione stabiliti nel bando di gara. Tuttavia, le amministrazioni aggiudicatrici possono avvalersi di tale facoltà soltanto se nel bando sono stati indicati il numero o il tipo di candidati che verranno selezionati per l'offerta o la negoziazione¹⁵. Se nel bando non figura questa indicazione, devono essere ammessi alla fase di presentazione dell'offerta ovvero alla negoziazione tutti i candidati che presentano la candidatura nelle dovute forme e che sono in possesso dei requisiti richiesti¹⁶.

¹⁵ In forza dell'art. 22, par. 2 della direttiva lavori, dell'art. 19, par. 2 della direttiva forniture e dell'art. 27, par. 2, della direttiva servizi, nelle procedure ristrette il numero di prestatori di servizio che saranno invitati a presentare un'offerta deve essere stabilito in base al tipo di appalto, fermo restando che il numero minimo non deve essere inferiore a cinque. Qualora l'amministrazione aggiudicatrice desideri fissare anche il numero massimo anch'esso deve essere indicato nel bando e non può essere superiore a 20. Una volta indicati nel bando, tali numeri minimi e massimi non possono essere modificati. Le direttive precisano che il numero dei candidati invitati a presentare offerte nelle procedure ristrette deve essere sufficiente a garantire una concorrenza effettiva. Può verificarsi che, avendo fissato nel bando il numero minimo di candidati, l'amministrazione aggiudicatrice si ritrovi con un numero insufficiente di candidati in possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione all'appalto. In tal caso l'amministrazione deve invitare tutti i candidati che soddisfano i criteri di selezione a presentare un'offerta. Diversamente, nelle procedure negoziate previa pubblicazione di bando, il numero di candidati ammessi a negoziare non può essere inferiore a tre, sempre che vi sia un numero sufficiente di candidati. Diversamente, l'art. 31, par. 3, della direttiva settori esclusi, non fissa alcun limite, ma precisa che i criteri di selezione dei candidati possono essere basati sulla necessità oggettiva, per l'ente aggiudicatore, di ridurre il numero dei candidati a un livello giustificato dalla necessità di equilibrio tra le caratteristiche specifiche della procedura di appalto e i mezzi richiesti dalla sua realizzazione, ma il numero dei candidati prescelti deve permettere di garantire una concorrenza sufficiente.

¹⁶ In ogni caso, le direttive dispongono che gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici provvedano, senza discriminazione, a rivolgere inviti a

L'Accordo del 1994 si limita, invece, a prevedere che le entità aggiudicatrici sollecitino il massimo numero di fornitori nazionali e fornitori di altre parti, questo compatibilmente con l'efficiente funzionamento del meccanismo di gara, richiamando, però, l'obbligo specifico di selezionare gli operatori ammessi a partecipare alle procedure in maniera equa e non discriminatoria¹⁷.

È importante sottolineare che, in entrambi i sistemi, la verifica dell'idoneità dei candidati e l'aggiudicazione dell'appalto sono due operazioni tra loro distinte. Il punto, ricavabile dalle norme, è stato evidenziato dalla Corte di Giustizia in una delle prime sentenze in tema di appalti pubblici. In quell'occasione, la Corte ha sottolineato che deve esistere una netta distinzione per quanto riguarda le norme applicate nei due momenti. Sebbene, «l'accertamento dell'idoneità degli offerenti e l'aggiudicazione dell'appalto possano avere luogo simultaneamente, le due operazioni sono disciplinate da norme diverse»¹⁸. In particolare, i criteri di accertamento dell'idoneità del candidato riguardano le sue qualità, mentre i criteri di aggiudicazione dell'appalto riguardano la qualità della prestazione richiesta/offerta dal candidato. Per questo un criterio d'idoneità non può essere utilizzato come un criterio di aggiudicazione, e viceversa. Infatti, le norme di riferimento per queste due operazioni impongono obblighi diversi alle amministrazioni aggiudicatrici. Le norme relative all'accertamento dell'idoneità del candidato, non limitano la competenza degli Stati, o delle amministrazioni aggiudicatrici, a fissare il livello di capacità economica, finanziaria e tecnica richiesta per la partecipazione alle gare. Sul punto anche le direttive comunitarie, si limitano a stabilire quali sono le referenze probanti o i

presentare offerte ovvero a negoziare ai cittadini di altri Stati membri che soddisfino i requisiti necessari, alle stesse condizioni applicate ai propri cittadini.

¹⁷ V. Art. X, par. 1, dell'Accordo sugli appalti pubblici.

¹⁸ Sentenza 20 settembre 1988, C 31/87, *Gebroeders Beentjes BV contro Paesi Bassi*, in *Raccolta* 1988, p. 4635 ss., in particolare paragrafo 16.

mezzi di prova che possono essere prodotti per dimostrare la capacità finanziaria, economica e tecnica. Diversamente, le norme relative ai criteri di aggiudicazione stabiliscono due precisi criteri di scelta, il prezzo più basso e l'offerta economicamente più vantaggiosa, che le amministrazioni sono obbligate ad utilizzare per aggiudicare il contratto d'appalto. Solo nell'ambito della seconda alternativa, le norme lasciano libere le amministrazioni aggiudicatrici di scegliere quali criteri intendano adottare per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa.

Dopo la pubblicazione del bando di gara, l'autorità aggiudicatrice può soltanto invitare i candidati, entro i limiti fissati dei criteri di selezione, a completare, integrare o chiarire i certificati ed i documenti presentati. A questo proposito, rileviamo che, sia le norme comunitarie¹⁹, sia le disposizioni dell'Accordo del 1994²⁰, semplicemente permettono di richiedere chiarimenti o eventuali integrazioni, ma lasciano nella piena disponibilità delle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di usufruirne o non usufruirne, senza far sorgere in capo ai candidati un diritto ad essere invitati a rettificare errori o a colmare eventuali lacune della candidatura presentata²¹.

¹⁹ Art. 28 della direttiva lavori, art. 24 della direttiva forniture ed art. 33 della direttiva servizi.

²⁰ L'Art. XII, par. 1, lett. b, stabilisce, «les possibilités qui pourront être accordées aux soumissionnaires de corriger des erreurs involontaires de forme entre l'ouverture des soumissions et l'adjudication du marché ne seront pas de nature à donner lieu à des pratiques discriminatoires».

²¹ Sul punto è stata esplicita la sentenza del Tribunale 8 maggio 1996, T-19/95, *Adia interim SA contro Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1996, p. II-321 ss., punto 44 della motivazione, «Il Tribunale ritiene che dal tenore stesso di questa disposizione si evince che essa conferisce alle istituzioni la facoltà di contattare gli offerenti, nelle circostanze eccezionali e limitate in essa richiamate. Ne consegue che questa disposizione non può essere interpretata nel senso che essa impone alle istituzioni un obbligo di contattare gli offerenti». La decisione è annotata da BROWN, in *Public Procurement Law Review*, 1997, p. CS4 ss.

Un altro problema che non trova una soluzione espressa nelle direttive di armonizzazione, né nell'Accordo del 1994, è quello relativo al possesso diretto da parte del candidato dei criteri di selezione qualitativa ovvero della possibilità di utilizzare le qualifiche tecniche e finanziarie, professionali ed economiche di un'altra società. Vale a dire, se un'impresa che presenta un'offerta per l'affidamento di un appalto pubblico debba soddisfare personalmente i criteri di selezione qualitativa richiesti dall'amministrazione o se essa abbia il diritto di avvalersi del fatto che tali condizioni siano soddisfatte da un'altra impresa alla quale appartiene, in parte oppure in modo indiretto. Con la sentenza *Ballast Nedam I*, la Corte ha stabilito che possa validamente qualificarsi in una procedura di aggiudicazione di lavori pubblici una società *holding* che non preveda di eseguire direttamente i lavori, ma li voglia far realizzare da una delle sue filiali, a condizione che la società *holding* provi di avere l'effettiva la disponibilità del patrimonio delle sue affiliate²². Successivamente, in linea con questa

²² Sentenza 7 novembre 1994, C 389/92, *Ballast Nedam Groep NV contro Stato belga*, in *Raccolta*, 1994, p. I-1289 ss. Annotata da GRECO, *La partecipazione di una holding al mercato dei lavori pubblici e i riflessi sulle S.p.A. a capitale pubblico*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1994, p.1252 ss.; ROSSI, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, I Sez., I Col. 545 ss.; CHAVRIER, in *L'actualité juridique. Droit administratif*, 1994, p.652 ss. In particolare la Corte ha statuito che le direttive applicabili nella fattispecie «...vanno interpretate nel senso che consentono, per la valutazione dei criteri cui deve soddisfare un imprenditore all'atto dell'esame di una domanda di abilitazione presentata da una persona giuridica dominante di un gruppo, di tenere conto delle società che appartengono a tale gruppo, purché la persona giuridica di cui è causa provi di aver effettivamente a disposizione i mezzi di dette società necessari per l'esecuzione degli appalti» e che «spetta al giudice nazionale valutare se ciò sia stato provato nella causa principale», punto 18 della motivazione. Invece, la *Ballast Nedam II*, sentenza 18 dicembre 1997, C 5/97, *Ballast Nedam Groep NV contro Stato belga* (in *Raccolta*, 1997, p. I-7549 ss.) interpreta la sentenza *Ballast Nedam I* sul carattere obbligatorio o facoltativo della considerazione delle referenze delle società terze, da parte dell'autorità incaricata di pronunciarsi sulla domanda di abilitazione. In quel caso, la Corte

posizione, nel caso *Holst*²³, la situazione dominante di un'impresa non è stata ritenuta una condizione necessaria per il riconoscimento del diritto di una società di richiamare capacità diverse dalle sue. L'interpretazione accolta è, quindi, nel senso di ammettere che un operatore economico, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara d'appalto, possa far riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto²⁴.

3.2.1. *L'obbligo di pubblicazione delle condizioni richieste nella singola procedura di aggiudicazione.*

Uno degli aspetti rilevanti dell'Accordo del 1994 è relativo all'introduzione di diversi obblighi, gravati sulle entità ag-

ha precisato «che l'autorità competente a statuire su una domanda di abilitazione presentata da una persona giuridica dominante di un gruppo è obbligata, quando è provato che tale persona ha effettivamente a disposizione i mezzi delle società appartenenti al gruppo necessari all'esecuzione degli appalti, a tenere conto delle dette società per valutare l'idoneità della persona giuridica interessata», punto 14 della motivazione.

²³ Sentenza 2 dicembre 1999, C 176/98, *Holst Italia SpA e Comune di Cagliari*, in *Raccolta*, 1999, p. I-8607 ss., annotata da GERSCHA, in *European Law Reporter*, 2000, p. 88 ss.; BROWN, in *Public Procurement Law Review*, 2000, p. CS47 ss.; PEROTTI, *Del possesso anche indiretto dei requisiti per la partecipazione ad un appalto di servizi*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2000, p. 247 ss.

²⁴ Chiaramente, «Spetta al giudice nazionale valutare se tale prova è stata raggiunta nel procedimento principale», più precisamente, il giudice nazionale deve in particolare accertarsi che la società della quale sono prese in considerazione le referenze sia effettivamente tenuta a prendere parte adeguatamente, tenuto conto dell'oggetto delle referenze invocate, all'esecuzione dell'appalto pubblico. Sulle competenze applicative spettanti ai giudici nazionali in caso di rinvio pregiudiziale di interpretazione, v. POCAR, *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, VI ed., Milano, 2000, p.357 ss.

giudicatici, di pubblicare tutti gli elementi che possono essere utili agli operatori economici ai fini della partecipazione alle gare d'appalto. Ricordiamo che, come in ambito comunitario, sono attualmente previsti tre tipi di gara: aperta (*procédure d'appel d'offres ouverte*), ristretta (*procédure d'appel d'offres sélective*) ed negoziata (*procédure d'appel d'offres limitée*). In tutti i casi in cui la stazione appaltante intenda aggiudicare un appalto rientrante nell'ambito di applicazione dell'Accordo, deve pubblicare nelle pubblicazioni di cui all'Appendice II²⁵, in una delle lingue ufficiali dell'OMC, un 'avviso' (*invitation à soumissionner*) che contenga informazioni circa l'oggetto del contratto, il termine per la presentazione delle offerte o della domanda di invito, gli indirizzi presso cui possono essere richiesti i documenti relativi all'appalto²⁶. Detto avviso può assumere la forma di un 'avviso di progetto di appalto' (*avis de projet de marché*)²⁷. L'avviso di progetto deve contenere informazioni circa l'oggetto dell'appalto; la procedura di gara che verrà seguita; i termini entro cui eseguire il contratto; l'indirizzo e i termini per depositare le domande di invito a presentare l'offerta; l'indirizzo dell'ente aggiudicatore; la lingua o le lingue utilizzate per l'offerta; gli importi e le modalità per i versamenti da effettuare per ottenere il fascicolo di gara.

²⁵ L'Appendice II, dell'Accordo del 1994, 'Publications utilisées par les parties en vue de la publication des avis de marchés envisagés - paragraphe 1 de l'article IX, et des avis postérieurs à l'adjudication des marchés - paragraphe 1 de l'article XVIII', indica per la Comunità Europea, come per i singoli Stati membri, la *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, serie S*. Alcuni Stati membri aggiungono alla G.U.C.E. anche altre pubblicazioni. In particolare, il Belgio ha indicato anche *Le Bulletin des Adjudications*, e altre pubblicazioni specializzate; la Francia, ha indicato anche il *Bulletin officiel des annonces des marchés publics*, la Grecia, ha indicato anche *Publication in the daily, financial, regional and specializad press*; l'Irlanda, ha indicato anche *Daily Press: 'Irish Independent', Irish Times, Cork Examiner*; il Lussemburgo, ha dato anche un'indicazione generica quale *Daily Press*.

²⁶ Art. IX, «Invitation à soumissionner pour des marchés envisagés», par. 1, dell'Accordo del 1994.

²⁷ L'art. IX, par. 2 dell'Accordo del 1994.

Gli enti sub-centrali o quelli pubblici, gestori di settori soggetti alle regole dell'Accordo, possono utilizzare sia un 'avviso di previsto appalto' (*avis de marché programmé*)²⁸ sia un 'avviso relativo ad un sistema di qualificazione' (*avis concernant un système de qualification*)²⁹. Con l'avviso di previsto appalto, oltre a quanto stabilito per l'avviso di progetto di appalto, l'ente aggiudicatore dovrà chiedere al fornitore una dichiarazione in base alla quale questi esprime il proprio interesse all'appalto e, contestualmente, designa una persona o un servizio cui il fornitore si potrà rivolgere per ottenere ulteriori informazioni³⁰.

L'articolo XI dell'Accordo stabilisce i termini per la presentazione delle offerte e per la consegna.

Anche le direttive comunitarie stabiliscono norme per la pubblicazione dei bandi di gara. Infatti, la trasparenza delle procedure di aggiudicazione è considerata una garanzia della pari opportunità di tutti gli operatori economici. In particolare le direttive prevedono la pubblicazione dell'avviso indicati-

²⁸ L'art. IX, par. 4 dell'Accordo del 1994.

²⁹ L'art. IX, «*Invitation à soumissionner pour des marchés envisagés*», par. 5, dell'Accordo del 1994, «*Les entités qui utilisent pour l'invitation à soumissionner un avis concernant un système de qualification fourniront, sous réserve des considérations mentionnées au paragraphe 4 de l'article XVIII et en temps voulu, des renseignements qui permettront à tous ceux qui se seront déclarés intéressés d'avoir une occasion valable d'évaluer leur intérêt à soumissionner. Ces renseignements comprendront ceux que contiennent les avis visés aux paragraphes 6 et 8, pour autant que ces renseignements soient disponibles. Les renseignements fournis à un fournisseur intéressé seront communiqués de façon non discriminatoire aux autres fournisseurs intéressés*».

³⁰ Art. IX, «*Invitation à soumissionner pour des marchés envisagés*», par. 7, «*Chaque avis de marché programmé, visé au paragraphe 3, contiendra le maximum de renseignements énumérés au paragraphe 6 qui sera disponible. Il contiendra en tout état de cause les renseignements énumérés au paragraphe 8 et: a) mention du fait que les fournisseurs intéressés devraient faire part à l'entité de leur intérêt pour le marché; b) mention de la personne ou du service en contact avec l'entité auprès duquel des renseignements additionnels pourront être obtenus*».

vo annuale³¹, del bando di gara individuale³² e dell'avviso di aggiudicazione³³. I bandi o gli avvisi devono essere redatti conformemente ai modelli contenuti negli allegati delle direttive, dove le informazioni richieste sono diversamente specificate in relazione ai diversi bandi ed alla procedura di aggiudicazione utilizzata³⁴. La direttiva 2000/78/CE sull'impiego di modelli e formulari nella pubblicazione degli avvisi di gare d'appalto pubbliche³⁵ modifica i modelli di bando di gara contenuti negli allegati delle direttive al fine di semplificare l'applicazione delle disposizioni in materia di pubblicità e di adattare ai mezzi elettronici sviluppati nel quadro del sistema d'informazione sugli appalti pubblici (SIMAP), istituito dalla Commissione in cooperazione con gli Stati membri³⁶.

³¹ Mediante l'avviso indicativo, da pubblicarsi non appena possibile dopo l'inizio del loro esercizio finanziario, le amministrazioni aggiudicatrici rendono noto il volume globale degli appalti previsti nel corso dell'anno.

³² Un bando di gara individuale deve essere pubblicato prima di qualsiasi procedura aperta o ristretta. La regola generale prevede che venga pubblicato anche prima delle procedure negoziate, tuttavia, in una serie di casi ampiamente descritti nella direttiva, le amministrazioni possono aggiudicare un appalto mediante una procedura negoziata anche senza pubblicazione del bando di gara.

³³ L'avviso di aggiudicazione prescinde dalla procedura utilizzata, perché è relativo ai risultati della procedura di aggiudicazione.

³⁴ Per facilitare le operazioni di pubblicazioni, la raccomandazione della Commissione 91/561/CEE ha istituito un sistema di standardizzazione delle informazioni contenute nei bandi di gara, in particolare con l'introduzione di una terminologia unificata per semplificare la comprensione dei bandi da parte dei concorrenti e, allo stesso tempo, facilitare il compito non solo delle amministrazioni aggiudicatrici nel prepararli, ma anche dell'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee.

³⁵ Direttiva della Commissione, 2001/78/CE, del 13 settembre 2001, che modifica l'allegato IV della direttiva 93/36/CEE, gli allegati IV, V e VI della direttiva 93/37/CEE, gli allegati III e IV della direttiva 92/50/CEE, modificate dalla direttiva 97/52/CE, nonché gli allegati XII à XV, XVII e XVIII della direttiva 93/38/CEE, modificata dalla direttiva 98/4/CE («*direttiva sull'impiego di modelli di formulari nella pubblicazione degli avvisi di gare d'appalto pubbliche*»), in *G.U.C.E.* 29.10.2001, n. L 285, p. 1 ss.

³⁶ V. il sito internet <http://simap.eu.int>.

Le direttive precisano che i bandi o gli avvisi pubblicati nella stampa locale o nelle gazzette ufficiali nazionali non devono contenere informazioni diverse da quelle pubblicate nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, questo al fine di garantire che tutti gli operatori economici ricevano le stesse informazioni, a prescindere dal loro Stato membro. Per lo stesso motivo, i bandi o gli avvisi non possono essere pubblicati nelle gazzette ufficiali nazionali, o nella stampa locale, prima della data di spedizione all'Ufficio delle pubblicazioni delle Comunità europee³⁷. Al fine di assicurare che tutti i potenziali offerenti abbiano la possibilità, a pari condizioni, di manifestare il loro interesse nei confronti di un determinato appalto o di presentare le loro offerte, le direttive stabiliscono termini minimi per la ricezione delle offerte, o delle manifestazioni di interesse, e scadenze per la spedizione dei capitoli d'oneri e di altri documenti necessari per la presentazione delle domande³⁸.

Qualora le norme di pubblicità non siano rispettate, la Corte di giustizia può condannare lo Stato membro di quell'amministrazione per inadempienza agli obblighi derivati dal Trattato CE³⁹.

³⁷ L'Ufficio delle pubblicazioni ufficiali è responsabile delle eventuali traduzioni e dei riassunti. I costi di pubblicazione sono a carico delle Comunità.

³⁸ I termini e le scadenze devono essere calcolati in base alle disposizioni previste dal regolamento 1182/71 del Consiglio, del 3 giugno 1971.

³⁹ E questo è, più volte, avvenuto, v. sentenza 10 marzo 1987, causa C 199/85, *Commissione contro Italia*, in *Raccolta*, 1987, p. 1039 ss.; ordinanza 20 luglio 1988, causa C 194/88 R, *Commissione contro Italia*, in *Raccolta*, 1988, p. 4547 ss.; ordinanza 31 gennaio 1992, causa C 272/91 R, *Commissione contro Italia*, in *Raccolta*, 1992, p. 771 ss.; 26 aprile 1994, causa C 272/91, *Commissione contro Repubblica italiana* (concessione del sistema di automazione del gioco del lotto), in *Raccolta* 1994, p. I-1409 ss.; sentenza 4 maggio 1995, causa C 79/94, *Commissione contro Grecia*, in *Raccolta*, 1995, p. I-1071 ss.; sentenza 18 maggio 1995, causa 57/94, *Commissione contro Italia*, in *Raccolta*, 1995, p. I-1249 ss.; sentenza 28 marzo 1996, causa C 318/94, *Commissione contro Germania*, in *Raccolta*, 1996, p. I-1949 ss.; sentenza 17 settembre 1998, causa C 323/96, *Commissione contro Belgio*, in *Raccolta*, 1998, p. I-5063 ss.

3.2.2. La situazione personale degli operatori economici: i casi di esclusione.

In via autonoma, rispetto alla valutazione sull'esistenza delle qualificazioni giuridiche soggettive in capo ad ogni operatore economico, l'Articolo VIII dell'Accordo permette l'esclusione del candidato che versi in una situazione di fallimento o abbia fornito false dichiarazioni⁴⁰. La norma non precisa se debba trattarsi di sentenza passata in giudicato oppure sia sufficiente il mero avvio di una procedura che può condurre al fallimento; né in che cosa possano consistere le false dichiarazioni per essere causa di esclusione dalla gara.

Tuttavia, non pare che si possa ritenere introdotta un'effettiva causa di esclusione dalla partecipazione alla procedura di gara; semplicemente la disposizione limita la facoltà dell'entità aggiudicatrice di escludere un operatore economico per i motivi non specificati. L'effetto della disposizione si rivela in relazione alla conseguente impossibilità di escludere un operatore economico sulla scorta di altri motivi non previsti dalla disposizione, e, quindi, all'illegittimità di eventuali esclusioni non fondate sull'esistenza di un fallimento o sulla falsità delle dichiarazioni.

Anche le direttive comunitarie permettono che i candidati in una procedura di aggiudicazione possano essere esclusi dalla gara nel caso in cui versino in una delle situazioni espressamente previste, riconducibili a situazioni in cui ci siano ragionevoli dubbi sulla loro capacità di adempiere correttamente il contratto.

A differenza dell'Accordo del 1994, gli articoli 24 della direttiva lavori, 20 della direttiva forniture, 29 della direttiva

⁴⁰ L'art. VIII, «Qualification des fournisseurs», lett. h), prevede, «aucune disposition des alinéas a) à g) n'empêchera l'exclusion d'un fournisseur pour des motifs tels que la faillite ou de fausses déclarations, à la condition que cette mesure soit compatible avec les dispositions du présent accord relatives au traitement national et à la non-discrimination».

servizi e 31 della direttiva settori esclusi forniscono l'elenco completo e tassativo dei casi in cui la situazione personale dei candidati può determinare l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione. In particolare, può essere escluso l'operatore economico che: a) sia in stato di fallimento, di liquidazione, di amministrazione controllata, di concordato preventivo, di sospensione dell'attività commerciale o che si trovi in qualsiasi altra situazione analoga derivante da una procedura simile prevista dalle leggi e dai regolamenti nazionali; b) sia oggetto di procedimenti di dichiarazione di fallimento, di liquidazione coatta o di amministrazione controllata, di un concordato preventivo oppure di qualunque altro procedimento simile previsto dalle leggi o dai regolamenti nazionali; c) sia stato condannato per un reato relativo alla condotta professionale, con sentenza passata in giudicato; d) si sia reso responsabile di gravi violazioni dei doveri professionali, provati con qualsiasi elemento documentabile dall'amministrazione; e) non abbia adempiuto obblighi riguardanti il pagamento dei contributi di sicurezza sociale conformemente alle disposizioni legislative del paese in cui è stabilito o di quello dell'amministrazione; f) non abbia adempiuto obblighi tributari conformemente alle disposizioni legislative del paese dell'amministrazione; g) si sia reso colpevole di gravi inesattezze nel fornire le informazioni esigibili in applicazione delle norme relative ai criteri di selezione qualitativa.

L'espressione «può essere escluso dalla partecipazione ad un appalto» utilizzata da queste disposizioni attribuisce all'amministrazione aggiudicatrice il potere discrezionale di escludere o non escludere, ma, come l'Accordo del 1994, non impone un obbligo di esclusione per i candidati che versino in una delle condizioni elencate⁴¹. Certamente, però, non sarebbe

⁴¹ Di diverso avviso, ritiene che le norme qualifichino un obbligo di esclusione verso i candidati che si trovino in una delle situazioni previste, O'LOAN, *An Analysis of the Works and Supplies Directives of the European Communities*, in *Public Procurement Law Review*, 1992, p. 40 ss, «On receipt

ammissibile l'esclusione di un candidato fondata su situazioni non previste dalle direttive. Queste, infatti, in quanto norme limitatrici della possibilità degli operatori economici di partecipazione alle gare d'appalto, devono essere interpretate restrittivamente. Pertanto, l'elenco delle cause di esclusione contenuto negli articoli sopra menzionati, pur non obbligando l'amministrazione ad escludere, deve essere considerato tassativo, e non può essere oggetto di interpretazione estensiva o analogica.

Secondo la disciplina introdotta dalle direttive comunitarie, nei casi di gravi violazioni dei doveri professionali e di gravi inesattezze nel fornire informazioni (lettere d e g), spetta all'amministrazione aggiudicatrice dimostrare che vi è motivo d'esclusione. Negli altri casi l'amministrazione può chiedere al prestatore di servizi di dimostrare di non trovarsi in uno dei casi per cui è prevista l'esclusione. Infatti, la norma («quando chiede all'imprenditore, al fornitore o al fornitore di servizi la prova») trasferisce sul candidato l'onere di dimostrare di non trovarsi in una delle situazioni previste. Questo amplifica l'importanza delle disposizioni del titolo III della direttiva servizi sui concorsi di progettazione, relative all'obbligo dell'amministrazione di comunicare, entro un termine di 15 giorni, ad ogni candidato od offerente respinto, che lo richieda per iscritto, i motivi del rigetto della sua offerta o candidatura⁴². Infatti, le altre direttive comunitarie, a differenza anche dell'Accordo sugli appalti pubblici del 1994⁴³, non hanno previsto che i

of tenders the contracting Authority will first of all scrutinise to establish that there no grounds for excluding his tender from consideration», p. 52.

⁴² Art. 12, par. 1, della direttiva 90/52/CEE.

⁴³ Infatti l'art. XVIII «*Information et examen concernant les obligations des entités*», al par. 2, lett. b, prevede che ciascuna entità aggiudicatrice, su richiesta dell'operatore economico interessato, fornisca, nel minore tempo possibile, «des renseignements pertinents concernant les raisons pour lesquelles la demande de qualification du fournisseur a été rejetée, les raisons pour lesquelles il a été mis fin à sa qualification, et les raisons pour lesquelles il n'a pas été sélectionné».

candidati siano informati delle ragioni della loro eventuale esclusione⁴⁴.

In tema di prova, nulla è previsto, invece, dall'Accordo del 1994, che rinvia implicitamente alle procedure nazionali di aggiudicazione. Al contrario, le direttive comunitarie prevedono quali prove debbano essere fornite all'amministrazione aggiudicatrice, al fine di escludere l'esistenza di una causa di esclusione. In particolare, in caso di fallimento e di reati relativi alla condotta professionale (lettere a, b, c), l'amministrazione deve accettare quale prova la presentazione di un estratto del "casellario giudiziario" o, in difetto, di un documento equivalente rilasciato da una competente autorità giudiziaria o amministrativa del paese d'origine o di provenienza, da cui risulti il soddisfacimento della condizione di cui trattasi. In caso di obblighi relativi al pagamento dei contributi di sicurezza sociale e di obblighi tributari (lettere e, f), l'amministrazione deve accettare quale prova un certificato rilasciato dall'autorità competente dello Stato membro interessato. Qualora lo Stato membro interessato non rilasci tali documenti o certificati, questi possono essere sostituiti da una dichiarazione giurata resa dalla persona interessata davanti ad autorità giudiziaria od amministrativa, un notaio, un competente organismo professionale o commerciale nel paese d'origine od in quello di provenienza. Peraltro, gli Stati membri devono designare le autorità e gli organismi competenti per il rilascio dei documenti, certificati o dichiarazioni, e devono informarne sia gli altri Stati membri sia la Commissione.

⁴⁴ Il sistema delle direttive comunitarie potrebbe, dunque, imporre ai candidati esclusi la presentazione di ricorsi ciechi, in questo modo limitando, di fatto, il loro diritto ad opporsi contro eventuali decisioni arbitrarie, v. WEISS, *Public Procurement in European Community Law*, op. cit., p. 68 ss. A questo proposito la sentenza del Tribunale 8 maggio 1996, T-19/95, *Adia interim SA contro Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1996, p. II-321 ss. Ricordiamo che il pacchetto legislativo proposto dalla Commissione nel maggio 2000 affronta anche questo problema, estendendo tale obbligo di informazione a tutti gli appalti pubblici.

Non è invece stato stabilito alcun obbligo di tenere in considerazione le decisioni assunte da altre autorità, nazionali o straniere, relativamente all'esistenza di una delle situazioni personali individuate dalle direttive in capo ai singoli contraenti. Ogni amministrazione aggiudicatrice è, infatti, lasciata pienamente libera di assumere le decisioni che ritiene per lei opportune.

In tema di esclusioni, rileviamo che la proposta della Commissione del maggio 2000 introduce, per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e di lavori, l'obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di escludere un offerente nei cui confronti sia stata pronunciata una condanna, con sentenza definitiva, per reati di criminalità organizzata, di corruzione o di frode a danno degli interessi finanziari della Comunità⁴⁵. La proposta si inserisce negli obiettivi individuati dalle conclusioni del vertice di Tampere, nonché dai piani d'azione di lotta contro il crimine organizzato e dalla comunicazione della Commissione del 1997 su una politica dell'Unione contro la corruzione⁴⁶. In particolare si prevede⁴⁷ l'obbligo di escludere l'operatore economico nei cui confronti sia stata emessa una decisione giudiziaria che accerta una frode o qualsiasi altra attività illegale ai sensi dell'articolo 280 (ex art. 209A) del Trattato CE⁴⁸ e non prevista al paragrafo 1, lettera c, cioè nel caso

⁴⁵ Sul problema della corruzione negli appalti pubblici v. BUEB, *La lutte contre la Corruption dans les marchés publics. Originalité de l'approche française*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1995, n. 2, p. 121 ss.; BUEB, *Fraudes et corruption dans les marchés publics*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1997, n. 1, p. 27 ss.

⁴⁶ COM (97) 192 del 21 maggio 1997.

⁴⁷ V. articolo 44, *Situazione personale del candidato o dell'offerente*, paragrafo 2, lettera h, della proposta della Commissione, COM(2000) 275 definitivo del 10 maggio 2000 (in *G.U.C.E.* 30.1.2001, n. C 29 E, p. 11 ss.), di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, di servizi e di lavori.

⁴⁸ L'art. 280 (ex art. 209A) è stato introdotto dal Trattato di Maastricht e modificato dal Trattato di Amsterdam. Cfr. RINOLDI, in *POCAR, Commem-*

in cui il soggetto sia stato condannato per un reato relativo alla condotta professionale. In quest'ultimo caso, la proposta introduce, quindi, la facoltà di escludere i partecipanti colpevoli di reati che incidono sulla loro moralità professionale indipendentemente dal carattere irrevocabile della decisione⁴⁹. Inoltre, il Comitato economico e sociale ha proposto⁵⁰ che la disposizione stabilisca che un offerente possa essere escluso anche nei casi in cui sia constatata una grave infrazione alle legislazioni sociali o ambientali. Sebbene questa esclusione sia oggi possibile quando la legge nazionale qualifichi l'inosservanza delle norme in materia ambientale come un reato che incide sulla moralità professionale⁵¹, la proposta del Comitato viene a rafforzarla con una menzione specifica nel testo della futura direttiva⁵².

tario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea, Padova, 2001, p. 933 ss.

⁴⁹ Secondo le direttive comunitarie vigenti, può essere escluso dalla partecipazione all'appalto ogni operatore economico nei confronti del quale sia stata pronunciata una condanna, con sentenza passata in giudicato, per qualsiasi reato che incida sulla sua moralità professionale.

⁵⁰ Parere del Comitato economico e sociale in merito alla «Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, servizi e di lavori» in *G.U.C.E.* 10.7.2001, n. C 193, p. 7 ss.

⁵¹ Alcuni paesi hanno introdotto nei loro codici penali i cosiddetti «reati ecologici». Ad esempio, l'articolo 325 del Codice penale spagnolo (Legge organica n. 10/1995 del 23 novembre 1995) prevede che «chiunque, in violazione delle leggi o di altre disposizioni generali destinate a proteggere l'ambiente, causi o con i suoi atti dia origine direttamente od indirettamente ad emissioni, scarichi, radiazioni, estrazioni o scavi, interrimenti, rumori, iniezioni o depositi nell'atmosfera, nel suolo, nel sottosuolo o nelle acque interne, marine o sotterranee, anche con effetti sulle zone transfrontaliere, o effettui prelievi idrici che possano gravemente perturbare l'equilibrio dei sistemi naturali, è passibile di una pena detentiva di durata compresa tra sei mesi e quattro anni, di sanzioni pecuniarie di durata compresa tra otto e ventiquattro mesi e della privazione del diritto di esercitare una professione o una carica per un periodo di durata compresa tra uno e tre anni. In caso di rischio grave per la salute umana, la durata della pena detentiva è pari almeno alla metà della durata massima».

⁵² V. *infra* in questo capitolo parr. 3.3.2.1 e 3.3.2.2.

3.2.3. *Le condizioni di partecipazione alle procedure di aggiudicazione.*

La partecipazione degli operatori economici alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici può essere subordinata a condizioni ulteriori, anche non previste dalle direttive, purché siano rispettati tutti i principi rilevanti del Trattato CE, in particolare la libertà di stabilimento, la libera prestazione di servizi, la libera di circolazione delle merci e il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità. Naturalmente, ai fini della loro compatibilità con le direttive comunitarie, eventuali diversi requisiti non devono avere effetti discriminatori, diretti o indiretti, sugli operatori economici di altri Stati membri. In altre parole, non deve avvenire che tali requisiti possano essere soddisfatti, di fatto, soltanto, o in via preferenziale, dagli operatori economici di uno Stato membro, o che il rispetto di tale condizione da parte di offerenti di altri Stati membri comporti maggiori difficoltà. L'amministrazione aggiudicatrice deve comunque indicare nel bando le condizioni complementari onde consentire ai candidati di valutare se un appalto contenente tali condizioni possa interessarli.

Il problema è stato sviluppato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Nel caso *Beentjes*, essa ha ritenuto contraria al principio di non discriminazione la clausola contrattuale che, per l'aggiudicazione di un appalto di lavori, richiedeva l'utilizzazione di un certo numero di lavoratori disoccupati di lunga durata iscritti all'ufficio di collocamento locale, poiché la clausola poteva creare maggiori difficoltà ai candidati provenienti da altri Stati membri⁵³. Analogamente, in risposta ad

⁵³ «La condizione relativa all'impiego di disoccupati stabili potrebbe, in particolare, violare il divieto di discriminazione fondata sulla nazionalità sancito dall'art. 7, n. 2, del Trattato CE, qualora risultasse che una condizione del genere possa essere soddisfatta soltanto dagli offerenti dello Stato in questione o può essere difficilmente soddisfatta da offerenti di altri Stati membri.

una censura relativa al criterio supplementare connesso alla lotta contro la disoccupazione, la Corte di Giustizia ha ritenuto che i criteri di aggiudicazione previsti dalla direttiva 93/37/CE non escludano la possibilità, per le amministrazioni aggiudicatrici, di ricorrere ad un criterio come la condizione connessa alla lotta contro la disoccupazione, purché questo tipo di condizione rispetti tutti i principi fondamentali del diritto comunitario, ed in particolare il principio di non discriminazione, come esso deriva dalle disposizioni del Trattato CE in materia di diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, e le norme procedurali della direttiva rilevante, tra cui l'espressa menzione nel bando di gara affinché gli imprenditori siano posti in grado di conoscere l'esistenza della condizione⁵⁴.

Per chiarezza di trattazione, ci occuperemo prima delle condizioni di partecipazione previste dall'Accordo sugli appalti pubblici, quindi delle condizioni di partecipazione disciplinate, in modo molto più analitico, dalle direttive comunitarie. Questa seconda parte della trattazione si articolerà, in prevalenza, sulle direttive lavori, forniture e servizi, perché la direttiva settori esclusi lascia libere le entità aggiudicatrici di

Spetta al giudice nazionale accertare, tenuto conto di tutte le circostanze del caso di specie, se l'imposizione di una siffatta condizione abbia o meno, direttamente o indirettamente, effetti discriminatori», sentenza 20 settembre 1988, C 31/87, *Gebroeders Beentjes*, in *Raccolta* 1988, p. 4635 ss, in particolare punto 30. Su questo caso, un ampio commento in ARROWSMITH, *A Guide to the Procurement Case of the Court of Justice*, Winteringham, 1992, p. 73 ss. Sul problema v. anche COM (89) 400 def, comunicazione della Commissione del 22 settembre 1989, *Appalti pubblici. Aspetti regionali e sociali*, in G.U.C.E. 12.12.1989, n. L 311, p. 7 ss, in particolare punti da 43 a 64.

⁵⁴ Sentenza 26 settembre 2000, C 225/98, *Commissione c. Repubblica francese* (Edifici scolastici - Nord Pas de Calais), in *Raccolta* 2000, p. I-7445 ss., in quell'occasione la Commissione ha sostenuto che la giurisprudenza *Beentjes* avrebbe dovuto portare a valutare la legittimità di azioni connesse all'occupazione quali condizioni di esecuzione del lavoro, piuttosto che quale condizione per l'aggiudicazione. V. BROWN, *A Note on Case C-225/98, Commissione v. France*, in *Public Procurement Law Review*, 2001, NA9 ss.

definire autonomamente i criteri di partecipazione, chiaramente, nel rispetto dei principi fissati dal Trattato CE.

3.2.3.1. *La capacità di realizzare l'appalto quale unica condizione di partecipazione prevista dall'Accordo sugli appalti pubblici.*

L'accordo del 1994 non individua, né disciplina, alcuna categoria di qualificazioni soggettive. Infatti, il contesto multilaterale in cui si inserisce non ha permesso una definizione precisa delle qualificazioni giuridiche soggettive richieste agli operatori economici. Il punto segna una netta linea di separazione rispetto all'esperienza comunitaria, dove invece, attraverso la realizzazione del mercato unico europeo, si sono create le condizioni per una disciplina specifica delle qualificazioni.

Questo, non ha impedito agli estensori dell'Accordo di introdurre un obbligo generale gravante sulle entità aggiudicatrici che, utilmente interpretato anche insieme all'obbligo di non discriminazione e del trattamento nazionale, permette l'identificazione delle condotte conformi e delle condotte contrarie agli obblighi internazionali assunti. Infatti, la lettera b) dell'articolo VIII, in questo innovando rispetto al Codice del 1979, introduce un preciso limite alla discrezionalità delle entità aggiudicatrici: i requisiti di partecipazione richiesti agli operatori economici nel bando di gara possono essere solo quelli indispensabili per conoscere se l'impresa sia in grado di eseguire il contratto d'appalto che seguirà la fase di aggiudicazione. Il parametro di legittimità delle qualificazioni richieste diviene, quindi, quello di accertare la capacità del potenziale operatore economico all'effettiva realizzazione dell'oggetto del contratto⁵⁵.

È riconfermato, il divieto di introdurre condizioni di partecipazione, quali garanzie finanziarie e qualifiche tecniche, al

⁵⁵ Art. VIII, lett. b), dell'Accordo del 1994.

fine di stabilire la capacità finanziaria, commerciale e tecnica, come la verifica di tali condizioni e capacità, contrarie all'obbligo del trattamento nazionale, tra operatori economici stranieri ed operatori economici nazionali, o al principio di non discriminazione, tra operatori economici stranieri⁵⁶.

L'Accordo dispone, inoltre, che la capacità dell'impresa, in particolare la sua capacità finanziaria, commerciale e tecnica, debba essere giudicata sia sulla base della sua attività commerciale complessiva sia in base all'attività svolta nel territorio dell'ente aggiudicatrice, tenuto conto dei legami esistenti tra le imprese⁵⁷.

Pertanto, la valutazione sull'esistenza delle qualificazioni giuridiche soggettive in capo ad ogni operatore economico deve essere obbligatoriamente fondata sui criteri sopra enunciati.

3.2.3.2. *L'iscrizione ai registri professionali. Lo status professionale dei candidati.*

Per provare la loro capacità professionale in generale, gli operatori economici possono essere invitati a documentare la loro iscrizione nel registro professionale o nel registro del commercio o a fornire una dichiarazione giurata o un certificato, alle condizioni previste dallo Stato membro in cui sono stabiliti⁵⁸. In particolare, è ammesso che l'amministrazione aggiudi-

⁵⁶ Art. VIII, lett. b), seconda parte, dell'Accordo del 1994.

⁵⁷ Art. VIII, lett. b), in fine, dell'Accordo del 1994.

⁵⁸ Art. 25 della direttiva lavori, prevede: «per il Belgio, «Registre du Commerce» - «Handelsregister»; per la Danimarca, «Handelsregistret», «Aktieselskabsregistret» e «Erhvervsregistret»; per la Germania, «Handelsregister» e «Handwerksrolle»; per la Grecia, il «Registro delle imprese contraenti» («Mitro Ergoliptikon Epicheiriseon» MEEP) del Ministero dell'ambiente, dell'assetto territoriale e dei lavori pubblici (YPECHODE); per la Spagna, «Registro Oficial de Contratistas del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo»; per la Francia, «Registre du commerce» e «Répertoire des

catrice richieda la prova dell'appartenenza ad un'organizzazione professionale o dell'autorizzazione a prestare nel pro-

métiers»; per l'Italia, «Registro della Camera di commercio, industria, agricoltura e artigianato»; per il Lussemburgo, «Registre aux firmes» e «Rôle de la Chambre des métiers»; per i Paesi Bassi, «Handelsregister»; per il Portogallo, «Comissao de Alvarás de Empresas de Obras Públicas e Particulares (CAEOPP)»; per il Regno Unito e per l'Irlanda, l'imprenditore può essere invitato a presentare un certificato del «Registrar of Companies» o del «registrar of Friendly Societies» o un attestato indicante che l'interessato ha dichiarato, sotto giuramento, di esercitare la professione nel paese in cui è stabilito, in un luogo specifico e con una denominazione commerciale particolare». L'art. 21, par. 2 della direttiva forniture, prevede «in Belgio, il «Registre du Commerce - Handelsregister»; in Danimarca, l'«Aktieselskabsregistret», il «Foreningsregistret» e lo «Handelsregistret»; in Germania, lo «Handelsregister» e lo «Handwerksrolle»; in Grecia, il «Viotechniko i Viomichaniko i Emporiko Epimelitirio»; in Spagna, il «Registro Mercantil» ovvero, per i privati non iscritti, un certificato da cui risulti che l'interessato ha dichiarato sotto giuramento di esercitare la professione in questione; in Francia, il «Registre du commerce» ed il «Répertoire des métiers»; in Italia, il «Registro della Camera di commercio, industria, agricoltura e artigianato» e il «Registro delle commissioni provinciali per l'artigianato»; in Lussemburgo, il «Registre aux firmes» ed il «Rôle de la chambre des métiers»; nei Paesi Bassi, lo «Handelsregister»; in Portogallo, il «Registo Nacional das Pessoas Colectivas»; nel Regno Unito ed in Irlanda, al fornitore può venir richiesto di presentare un certificato rilasciato dal «Registrar of companies» o dal «Registrar of Friendly Societies» che indichi che la società del fornitore è «incorporated» o «registered» ovvero, qualora egli non ottenga tale certificato, un certificato da cui risulti che l'interessato ha dichiarato sotto giuramento di esercitare la professione in questione, nel paese in cui è stabilito, in un luogo specifico e sotto un determinato nome o ragione sociale». L'art. 30, par 3, della direttiva servizi, prevede «in Belgio, il «Registre du commerce - Handelsregister» e gli «ordres professionnels - Beroepsorden»; in Danimarca, l'«Erhvervs- og Selskabsstyrelsen»; in Germania, lo «Handelsregister», lo «Handwerksrolle» e il «Vereinsregister»; in Grecia, al prestatore di servizi può essere invitato a produrre una dichiarazione, giurata dinanzi a notaio, riguardante l'esercizio dell'attività professionale in questione; nei casi previsti dalla legislazione nazionale vigente, per la prestazione dei servizi di ricerca di cui all'allegato I A il registro professionale «Mhtrvo Melehtvñ», nonché il «Mhtrvo Grafeivn Meletvñ»; in Spagna, il «Registro Central de Empresas Consultoras y de Servicios del Ministerio de Economía y Hacienda»; in Francia, il «Registre du commerce» ed

prio paese d'origine il servizio in questione. Quindi, ad esempio, un'amministrazione che inviti a presentare offerte per servizi nel settore dell'architettura ha diritto di richiedere ai candidati la presentazione di un certificato d'abilitazione all'esercizio della professione di architetto. Inoltre, nel caso in cui sia rilevante l'identità delle persone coinvolte nella prestazione del servizio, le amministrazioni aggiudicatrici possono richiedere alle persone giuridiche di indicare nell'offerta o nella domanda di partecipazione il nome e le qualificazioni professionali delle persone che prestano il servizio di cui trattasi.

L'eventuale richiesta ad un operatore economico, stabilito in un altro Stato membro, dell'iscrizione ad un registro professionale del paese d'appartenenza dell'amministrazione aggiudicatrice non sarebbe soltanto contraria alle direttive di liberalizzazione in materia di appalti pubblici, ma realizza anche una violazione del principio della libera prestazione di servizi.

Fin dal caso *Transporoute*⁵⁹, la Corte ha stabilito che l'amministrazione aggiudicatrice non può subordinare la presenta-

il «Répertoire des métiers»; in Italia, il «Registro della Camera di commercio, industria, agricoltura e artigianato» od il «Registro delle commissioni provinciali per l'artigianato» o il «Consiglio nazionale degli ordini professionali»; in Lussemburgo, il «Registre aux firmes» ed il «Rôle de la Chambre des métiers»; nei Paesi Bassi, lo «Handelsregister»; in Portogallo, il «Registro nacional das Pessoas Colectivas»; nel Regno Unito ed in Irlanda al prestatore di servizi può essere richiesto di fornire un certificato rilasciato dal «Registrar of companies», o dal «Registrar of Friendly Societies», ovvero, qualora esso non ottenga tale certificato, di un certificato da cui risulti che l'interessato ha dichiarato sotto giuramento di esercitare la professione in questione, nel paese in cui è stabilito, in un luogo specifico e sotto un determinato nome o ragione sociale».

⁵⁹ Sentenza 10 febbraio 1982, C 76/81, *SA Transporoute et Travaux contro Ministero dei lavori pubblici*, in *Raccolta* 1982, p. 417, in cui l'amministrazione aggiudicatrice, tra l'altro, aveva illegittimamente subordinato l'aggiudicazione dell'appalto ad un candidato stabilito in un altro Stato membro alla condizione che quest'ultimo fosse anche in possesso di un'autorizzazione di stabilimento rilasciata dal Governo del Lussemburgo. La decisione è stata annotata da

zione di un'offerta da parte di un candidato stabilito in un altro Stato membro alla condizione che detto candidato, oltre ad essere regolarmente iscritto nel registro professionale del paese in cui è stabilito, sia in possesso di un'autorizzazione di stabilimento rilasciata dal Governo dello Stato di aggiudicazione. L'autorizzazione di stabilimento richiesta, in quel caso, dal Granducato del Lussemburgo, non era diretta ad accertare la capacità finanziaria ed economica del candidato, ma ad accertarne la qualificazione professionale e la buona reputazione, costituendo, quindi, «un mezzo di prova diverso da quelli limitativamente autorizzati dalla direttiva»⁶⁰. Peraltro, una diversa interpretazione delle norme introdotte dalle direttive comunitarie in tema di qualificazioni soggettive richieste ai candidati, sarebbe in contrasto con le disposizioni del Trattato CE relative alla libera prestazione dei servizi. Se uno Stato membro subordinasse l'esecuzione di prestazioni di servizi da parte di un'impresa stabilita in un altro Stato membro al possesso di un'autorizzazione di stabilimento violerebbe l'articolo 49 (ex art. 59) del Trattato CE, il cui scopo consiste proprio nel vietare di ogni restrizione alla libera prestazione di servizi da parte di persone non stabilite nello Stato nel cui territorio deve essere fornita la prestazione. Nonostante la chiarezza del ragionamento della Corte di Giustizia, il problema è stato nuovamente oggetto di giudizio, relativamente alla richiesta di un certificato di iscrizione all'ordine degli architetti francesi, ritenuta una restrizione alla libera prestazione dei

OLIVER, in *European Law Review*, 1982, p. 233 ss.; SENELLE, in *Journal des tribunaux*, 1982, p. 666 ss.

⁶⁰ V. punto 10 della sentenza. La Corte precisa, inoltre, che anche supponendo che l'autorizzazione di stabilimento potesse essere assimilata all'iscrizione ad un elenco ufficiale di imprese riconosciute, ex art. 28 della direttiva 71/305/CEE, lavori, «nulla in detta disposizione autorizza a concludere che nello Stato di aggiudicazione possa essere pretesa dagli imprenditori stabiliti in altri Stati membri l'iscrizione nel suddetto elenco», punto 12 della motivazione.

servizi, prima ancora che alle direttive in materia di appalti pubblici⁶¹.

Presentando un certificato di iscrizione in un elenco ufficiale⁶² rilasciato dalla competente autorità, in cui devono essere indicate le referenze che hanno permesso l'iscrizione⁶³, l'operatore economico si avvale di una «presunzione di idoneità» per molte fra le qualificazioni che possono essergli richieste. Infatti, «i dati risultanti dall'iscrizione in un elenco ufficiale non possono essere contestati»⁶⁴.

In particolare l'iscrizione in un elenco ufficiale attribuisce una presunzione di idoneità del candidato sulla base dei seguenti elementi: non essere in stato di fallimento o in situazioni analoghe⁶⁵; non essere oggetto di procedimenti di dichiarazione di fallimento in corso⁶⁶; non essere stato condannato per un reato relativo alla condotta professionale⁶⁷; non essersi reso responsabile di gravi violazioni dei doveri professionali⁶⁸ o di gravi inesattezze nel fornire le informazioni richieste dall'amministrazione⁶⁹; essere iscritto in un registro professionale o

⁶¹ Sentenza 26 settembre 2000, C 225/98, *Commissione c. Repubblica francese* (Edifici scolastici - Nord Pas de Calais), in *Raccolta* 2000, p. I-7445 ss. V. BROWN, *A Note on Case C-225/98, Commissione v. France*, in *Public Procurement Law Review*, 2001, NA9 ss.

⁶² V. *infra*, par. II.2.1.5. Gli elenchi ufficiali.

⁶³ Art. 29, par. 2, della direttiva lavori, art. 25, par. 2, della direttiva forniture e art. 35, par. 2, della direttiva servizi.

⁶⁴ Art. 29, par. 3, della direttiva lavori, art. 25, par. 3, della direttiva forniture e art. 35, par. 3, della direttiva servizi.

⁶⁵ Lett. a degli artt. 24 della direttiva lavori, 20 della direttiva forniture, e 29 della direttiva servizi.

⁶⁶ Lett. b degli artt. 24 della direttiva lavori, 20 della direttiva forniture, e 29 della direttiva servizi.

⁶⁷ Lett. c degli artt. 24 della direttiva lavori, 20 della direttiva forniture, e 29 della direttiva servizi.

⁶⁸ Lett. d degli artt. 24 della direttiva lavori, 20 della direttiva forniture, e 29 della direttiva servizi.

⁶⁹ Lett. g degli artt. 24 della direttiva lavori, 20 della direttiva forniture, e 29 della direttiva servizi.

commerciale⁷⁰. Pertanto, ai fini della qualificazione soggettiva, nessuno di questi elementi potrebbe essere legittimamente richiesto al candidato che abbia presentato il certificato di iscrizione al rilevante elenco ufficiale di uno qualsiasi degli Stati membri.

3.2.3.3. *La capacità finanziaria ed economica.*

La prova della capacità finanziaria ed economica può essere fornita mediante tre diverse referenze⁷¹. In particolare possono essere prodotte idonee dichiarazioni bancarie o prova di un'assicurazione contro i rischi di impresa; la presentazione del bilancio o di estratti dello stesso, qualora la pubblicazione del bilancio sia prescritta dal diritto societario del paese nel quale il prestatore di servizio è stabilito; una dichiarazione sul fatturato globale dell'impresa e sul fatturato, per l'oggetto cui si riferisce l'appalto, relativa ai tre ultimi esercizi finanziari.

Le direttive non stabiliscono tra queste referenze un rapporto gerarchico, ma si limitano a stabilire l'obbligo per l'amministrazione di fondare la sua valutazione sulla capacità economica e finanziaria del candidato su almeno una di esse, lasciando, tuttavia, aperta la possibilità di richiedere ulteriori diverse referenze. Pertanto, le direttive consentono all'amministrazione aggiudicatrice di precisare nel bando di gara o nell'invito a presentare l'offerta quale tra le referenze individuate sia rilevante e quali altre referenze concernenti la capacità finanziaria ed economica debbano essere presentate dall'operatore economico⁷².

⁷⁰ Art. 25 della direttiva lavori, art. 21, par. 1, della direttiva forniture e art. 30, par. 2 e 3, della direttiva servizi.

⁷¹ Art. 26 della direttiva lavori, art. 22 della direttiva forniture e art. 31 della direttiva servizi.

⁷² Art. 26, par. 2 della direttiva lavori, art. 22, par. 2, della direttiva forniture e art. 31, par. 2, della direttiva servizi.

Ne consegue che l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire non soltanto il livello di capacità finanziaria ed economica richiesta per poter partecipare ad una specifica procedura di aggiudicazione, ma anche le modalità di prova di tale capacità. È chiaro che la richiesta di documenti diversi da quelli indicati dalle direttive deve essere pertinente, cioè deve risultare oggettivamente finalizzata alla prova della capacità economica e finanziaria richiesta in relazione all'oggetto di quel determinato appalto e, in particolare, non deve avere un effetto discriminatorio tra candidati nazionali e candidati di altri Stati membri. Se, per un qualsiasi valido motivo, un candidato non sia in grado di presentare le referenze richieste dall'amministrazione secondo le modalità precisate, deve essere «ammesso a provare» la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento. In tal caso spetta all'amministrazione aggiudicatrice stabilire se i documenti presentati siano appropriati⁷³.

Nel caso *CEI-Bellini*⁷⁴, la Corte si è espressa in merito alle condizioni di determinazione della capacità economica e finanziaria dell'offerente, stabilendo che nell'ambito delle regole comunitarie «gli Stati membri restano liberi di mantenere o di adottare norme sostanziali e procedurali in materia di appalti pubblici, purché siano rispettate tutte le disposizioni del diritto comunitario in materia e, in particolare, i divieti che discendono dai principi sanciti dal Trattato in materia di diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi»⁷⁵. In particolare, la Corte ha ritenuto ammissibile la fissazione dell'im-

⁷³ Art. 26, par. 3 della direttiva lavori, art. 22, par. 3, della direttiva forniture e art. 31, par. 3, della direttiva servizi.

⁷⁴ Sentenza 9 luglio 1987, C 27, 28 e 29/86, *SA Constructions et entreprises industrielles (CEI) e altri c. Société coopérative «Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes» e altri*, in *Raccolta* 1987, p. 3347 ss. Sul caso v. S. ARROWSMITH, *A Guide to the Public Procurement Cases of the Court of Justice*, Winteringham, 1992, p. 47 ss.

⁷⁵ Punto 15 della sentenza.

porto massimo di lavori che possono essere eseguiti contemporaneamente da un'impresa, quale elemento utile ai fini della concreta valutazione della sua capacità economica e finanziaria, purché tale requisito non abbia effetti restrittivi per quanto riguarda l'accesso degli operatori economici agli appalti pubblici⁷⁶.

3.2.3.4. *La capacità e competenza tecnica.*

La prova della capacità tecnica è individuata dalle direttive, rispettivamente agli articoli 27, par. 1, per i lavori, 23, par. 1, per le forniture, e 32, par. 2, per i servizi, che riportano l'elenco completo dei mezzi di prova che possono essere richiesti dall'amministrazione aggiudicatrice, in relazione alla natura, alla quantità e allo scopo dell'appalto. In particolare, possono essere richiesti: a) l'indicazione dei titoli di studio e professionali dell'imprenditore e/o dei dirigenti dell'impresa, dei prestatori di servizi e/o dei dirigenti dell'impresa ed in particolare della/delle persone responsabili della condotta dei lavori, della prestazione dei servizi⁷⁷; b) la presentazione di un elenco dei lavori eseguiti negli ultimi cinque anni⁷⁸, la presen-

⁷⁶ Nel caso di specie, infatti, la Società Bellini era stata esclusa dall'aggiudicazione della gara perché non disponeva dei fondi minimi e della percentuale minima di lavoratori e di dirigenti richiesti dalla legge Belga in considerazione dell'entità dei lavori da appaltare, anche se la Società era inserita in Italia in una classe corrispondente a quella richiesta in Belgio in relazione all'importanza dei lavori appaltati. Infatti, sebbene i dati risultanti dall'iscrizione in una lista ufficiale non possono essere messi in dubbio, l'amministrazione aggiudicatrice può legittimamente stabilire il livello di capacità economica e finanziaria richiesta per partecipare ad un determinato appalto.

⁷⁷ Art. 27, par. 1, lett. a, della direttiva lavori ed art. 32, par. 2, lett. a, della direttiva servizi.

⁷⁸ In forza dell'art. 27, par. 1, lett. b, l'elenco deve essere corredato dai certificati di buona esecuzione dei lavori più importanti. Nei certificati deve essere indicato l'importo, il periodo e il luogo di esecuzione dei lavori e precisare se questi siano stati effettuati a regola d'arte e con buon esito e possono essere trasmessi all'amministrazione aggiudicatrice dall'autorità competente.

tazione di un elenco delle principali forniture e servizi prestati negli ultimi tre anni con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi stessi⁷⁹; c) una dichiarazione dalla quale risultino l'attrezzatura, i materiali ed i mezzi tecnici di cui l'imprenditore disporrà per l'esecuzione dell'opera⁸⁰, la descrizione delle apparecchiature tecniche, delle misure prese dal fornitore per garantire la qualità, nonché dei mezzi di studio e di ricerca di cui dispone⁸¹, l'indicazione dei tecnici o degli organismi tecnici, a prescindere dal fatto che essi facciano o non facciano direttamente capo al prestatore di servizi, e in particolare di quelli responsabili per il controllo della qualità⁸²; d) una dichiarazione relativa al numero medio annuo di dipendenti dell'imprenditore, del prestatore di servizi e al numero di dirigenti impiegati negli ultimi tre anni⁸³, l'indicazione dei tecnici o degli organismi tecnici a disposizione, a prescindere dal fatto che essi facciano o non facciano direttamente capo al fornitore, e in particolare di quelli responsabili per il controllo della qualità⁸⁴; e) una dichiarazione indicante i tecnici o gli organi tecnici, che facciano o meno parte integrante dell'impresa, di cui l'imprenditore disporrà per l'esecuzione dell'opera⁸⁵, per i prodotti da fornire, mediante campioni, descrizione e/o fotografie la cui autenticità deve poter essere certificata su richiesta dell'amministra-

⁷⁹ L'art. 23, par. 1, lett. a, della direttiva 93/36/CEE, e l'art. 32, par. 2, della direttiva 90/52/CEE distinguono il caso di forniture e servizi prestati ad autorità pubbliche, che possono essere provati mediante certificati rilasciati o controfirmati dall'autorità competente, dal caso di forniture e servizi a privati, dove la consegna può essere certificata dall'acquirente o dalla semplice dichiarazione dello stesso fornitore, prestatore di servizi.

⁸⁰ Art. 27, par. 1, lett. c, della direttiva lavori.

⁸¹ Art. 23, par. 1, lett. b, della direttiva forniture.

⁸² Art. 32, par. 2, lett. c, della direttiva servizi.

⁸³ Art. 27, par. 1, lett. d, della direttiva lavori ed art. 32, par. 2, lett. d, della direttiva servizi.

⁸⁴ Art. 23, par. 1, lett. c, della direttiva forniture.

⁸⁵ Art. 27, par. 1, lett. e, della direttiva lavori.

zione aggiudicatrice⁸⁶, una dichiarazione relativa agli strumenti, al materiale o alle apparecchiature tecniche di cui il prestatore di servizi dispone per prestare i servizi in questione⁸⁷; f) certificati rilasciati dagli istituti o dai servizi ufficiali incaricati del controllo della qualità, riconosciuti competenti, i quali attestino la conformità di articoli ben identificati mediante riferimenti a determinati requisiti o norme⁸⁸, una descrizione delle misure prese dal prestatore di servizi per garantire la qualità e dei mezzi di studio e di ricerca di cui dispone⁸⁹; g) controlli sulla capacità di produzione e, se necessario, di studio e di ricerca del fornitore e sulle misure usate da quest'ultimo per controllare la qualità⁹⁰, o verifiche eseguita dall'amministrazione o per suo conto da un organismo ufficiale competente del paese in cui il prestatore di servizi è stabilito, purché tale organismo acconsenta, in merito alle capacità tecniche del prestatore di servizi e, se necessario, alle infrastrutture di cui dispone a fini di studio e di ricerca e alle misure che prende ai fini del controllo della qualità⁹¹; h) l'indicazione della quota del contratto che il prestatore di servizi intende eventualmente subappaltare⁹².

All'interno di questo elenco, che deve essere considerato esaustivo e non suscettibile di ampliamento, le amministrazioni aggiudicatrici devono obbligatoriamente indicare e precisare nel bando di gara, in caso di procedure aperte, e nel bando o nell'invito a presentare offerte, nel caso di procedure ristret-

⁸⁶ Art. 23, par. 1, lett. d, della direttiva forniture.

⁸⁷ Art. 32, par. 2, lett. e, della direttiva servizi. Peraltro, non è ammesso che l'amministrazione aggiudicatrice esiga la prova che tali strumenti, materiale ecc. sono situati nel paese di appartenenza dell'amministrazione, così sentenza 17 novembre 1993, C 71/92, *Commissione c. Regno di Spagna*, in *Raccolta* 1993, p. I-5923 ss., v. *infra* in questo paragrafo.

⁸⁸ Art. 23, par. 1, lett. e, della direttiva forniture.

⁸⁹ Art. 32, par. 2, lett. f, della direttiva servizi.

⁹⁰ Art. 23, par. 1, lett. f, della direttiva forniture.

⁹¹ Art. 32, par. 2, lett. e, della direttiva servizi.

⁹² Art. 32, par. 2, lett. h, della direttiva servizi.

te o negoziate, le referenze richieste per provare le capacità tecniche⁹³. In ogni caso, le informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice devono limitarsi all'oggetto dell'appalto, quindi essere strettamente necessarie per valutare se le capacità tecniche dei candidati siano idonee per raggiungere l'obiettivo perseguito.

Nel determinare i requisiti richiesti per provare la capacità e la competenza tecnica è imposto alle amministrazioni aggiudicatrici di considerare gli interessi dei candidati per quanto riguarda la protezione dei loro segreti tecnici o commerciali⁹⁴.

Qualora venga richiesta la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per accertare la rispondenza dei prestatori di servizi a determinate norme in materia di garanzia della qualità, le amministrazioni sono tenute a far riferimento ai sistemi di garanzia della qualità basati sulla pertinente serie di norme europee EN 29 000 e certificati da organismi conformi alla serie di norme europee EN 45 000⁹⁵. Evidentemente, le amministrazioni sono obbligate a riconoscere i certificati equivalenti rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri. Qualora i prestatori di servizi non abbiano accesso a tali certificati o non abbiano la possibilità di ottenerli entro i termini richiesti, le amministrazioni devono consentire loro la dimostrazione di soddisfare i requisiti richiesti mediante la prova di misure equivalenti a garanzia della qualità.

Non sarebbe comunque ammissibile richiedere che la capacità tecnica degli operatori economici debba essere provata attraverso certificati di qualità delle merci emessi da istituti o organismi dello Stato di appartenenza dell'amministrazione aggiudicatrice⁹⁶. Le disposizioni comunitarie, infatti, non pos-

⁹³ Art. 27, par. 2 della direttiva lavori, art. 23, par. 2 della direttiva forniture ed art. 32, par. 3 della direttiva servizi.

⁹⁴ Art. 23, par. 3 della direttiva forniture ed art. 32, par. 4 della direttiva servizi.

⁹⁵ Art. 33 della direttiva servizi ed art. 32 della direttiva settori esclusi.

⁹⁶ Sentenza 17 novembre 1993, C 71/92, *Commissione c. Regno di Spa-*

sono ammettere che tali certificati siano rilasciati da organismi appartenenti allo Stato dell'amministrazione aggiudicatrice per non gravare i fornitori stranieri di un onere superiore di quello imposto ai fornitori nazionali⁹⁷.

Nel rispetto dei criteri sopra illustrati, le direttive consentono ai candidati di proporre delle varianti al capitolato d'oneri. In particolare, considerando importante per la ricerca nel settore delle nuove tecnologie e per gli utenti beneficiare del progresso tecnico, è consentito agli operatori economici offrire opere, prodotti o servizi che, pur non corrispondenti a quelli indicati dall'amministrazione aggiudicatrice, ne soddisfino i requisiti⁹⁸.

Questa possibilità è tuttavia subordinata a certe condizioni. In primo luogo, è ammessa solo quando l'appalto è aggiudicato all'offerta economicamente più vantaggiosa e non al prezzo più basso. La valutazione di una variante e il suo raffronto con offerte che rispondono a requisiti diversi può, infatti, essere validamente effettuata solo esaminando le offerte sotto vari profili, quindi attraverso il ricorso ai diversi criteri di aggiudicazione definiti per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa. In secondo luogo, le direttive conferiscono all'amministrazione aggiudicatrice la facoltà di decide-

gna, in *Raccolta*, 1993, p. I-5923 ss., in particolare punti 52 e 53 della motivazione. La decisione è stata annotata da PELLISÉ, in *Revista Jurídica de Catalunya*, 1994, p. 835 ss.; SAZ CORDERO, in *Revista de Administración Pública*, 1994, n° 133, p. 57ss.; più ampiamente, LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, in *Revista de Administración Pública*, 1994, n° 133, p. 311 ss.

⁹⁷ Nel caso C 71/92, *Commissione c. Regno di Spagna*, cit., la legge spagnola aveva previsto che la capacità tecnica dei fornitori dovesse essere comprovata mediante certificati rilasciati da istituti o servizi ufficiali spagnoli preposti al controllo della qualità delle merci, senza che fosse consentito al candidato di produrre analoghi certificati rilasciati da un organismo dello Stato di appartenenza dell'amministrazione aggiudicatrice, v. punti 52-54 della motivazione.

⁹⁸ Art. 19 della direttiva lavori, art. 16 della direttiva forniture ed art. 24 della direttiva servizi ed art. 34 della direttiva settori esclusi.

re se autorizzare o vietare le varianti e quale tipo di varianti prendere in considerazione, nonché le condizioni di presentazione delle stesse. Nel caso in cui si preveda il divieto delle varianti, deve essere chiaramente precisato nel bando di gara. Invece, quando le varianti sono ammesse l'amministrazione aggiudicatrice, pur non essendo obbligata a precisare nel bando di gara la possibile autorizzazione delle varianti, è obbligata a menzionare nel capitolato d'onori le condizioni minime che le varianti devono rispettare, le modalità della loro offerta e, successivamente, potrà prendere in considerazione solo le varianti che rispondano alle esigenze minime indicate nel capitolato. Peraltro, non potrà essere respinta l'offerta di una variante perché utilizza specificazioni tecniche definite con riferimento a norme nazionali di recepimento delle norme europee, o omologazioni tecniche europee, o specificazioni tecniche comuni, oppure specificazioni tecniche nazionali riconosciute conformi, secondo le procedure previste dalle direttive comunitarie in materia di armonizzazione tecnica, ai requisiti essenziali specificati da tali direttive, o, ancora, con riferimento alle specificazioni tecniche nazionali in materia di progettazione, di calcolo e di realizzazione delle opere e di applicazione dei prodotti.

3.2.4. *L'iscrizione degli operatori economici negli elenchi ufficiali.*

Considerando che l'utilizzazione degli elenchi ufficiali di imprenditori, fornitori o prestatori riconosciuti potrebbe dare luogo a discriminazioni nei confronti dei soggetti stranieri, che hanno maggiore difficoltà a conoscerne l'esistenza e le procedure da seguire per figurarvi, gli strumenti di disciplina degli appalti pubblici internazionali hanno introdotto specifiche norme che, prendendo atto dell'interesse che presentano gli elenchi ufficiali, fissano i limiti e le condizioni per la loro utilizzazione.

Nell'Accordo del 1994 è previsto che gli enti appaltatori che utilizzano elenchi permanenti di fornitori qualificati, pubblicino un 'avviso relativo ad un sistema di qualificazione'. È previsto, inoltre, che tali enti facciano in modo che ogni fornitore possa in qualsiasi momento chiedere, ed ottenere, di essere iscritto nei suddetti elenchi⁹⁹ e sia informato dell'avvenuta iscrizione nella lista permanente di fornitori qualificati¹⁰⁰.

Nel caso di procedure di gara mediante preselezione, gli enti che predispongono gli elenchi dei fornitori qualificati inseriscono annualmente in una delle pubblicazioni previste dall'Appendice III all'Accordo¹⁰¹, un avviso con informazioni

⁹⁹ Art. VIII, «Qualification des fournisseurs», lett. d), «les entités qui tiendront des listes permanentes de fournisseurs qualifiés feront en sorte que les fournisseurs puissent en tout temps demander à être qualifiés et que tous les fournisseurs qualifiés qui en feront la demande soient inscrits sur ces listes dans un délai raisonnablement court».

¹⁰⁰ L'art. IX, «Invitation à soumissionner pour des marchés envisagés», par. 9, prevede, «Dans le cas des procédures sélectives, les entités qui tiendront des listes permanentes de fournisseurs qualifiés feront paraître chaque année, dans l'une des publications indiquées à l'Appendice III, un avis contenant les renseignements ci-après: a) énumération des listes existantes, y compris les intitulés de ces listes, en relation avec les produits ou services ou catégories de produits ou services devant faire l'objet de marchés sur la base de ces listes; b) conditions à remplir par les fournisseurs pour être inscrits sur ces listes, et méthodes de vérification de chacune de ces conditions par l'entité concernée; et c) durée de validité des listes et formalités de leur renouvellement. Dans les cas où un tel avis sera utilisé pour l'invitation à soumissionner, conformément au paragraphe 3, l'avis contiendra en outre les renseignements suivants: d) nature des produits ou services en question; e) mention du fait que l'avis constitue une invitation à soumissionner. Toutefois, dans les cas où la durée du système de qualification sera de trois ans ou moins, et si la durée du système est précisée dans l'avis et qu'il est également précisé que d'autres avis ne seront pas publiés, il suffira de publier l'avis une seule fois, au début de la période d'application du système. Un tel système ne sera pas utilisé de manière à tourner les dispositions du présent accord».

¹⁰¹ L'Appendice III, 'Publications utilisées par les parties en vue de la publication annuelle de renseignements sur les listes permanentes de fournisseurs qualifiés dans le cas des procédures sélectives - paragraphe 9 de l'article IX', per la Comunità europea dichiara: «Les Etats membres ne tiennent pas normalement de listes permanentes de fournisseurs de produits et de services.

circa gli elenchi di fornitori esistenti, le condizioni che i potenziali fornitori devono soddisfare per essere iscritti in tali elenchi, i metodi per verificarle, la durata di validità degli elenchi, le formalità da espletare per il loro rinnovo.

Un altro elemento di novità dell'Accordo del 1994, sia rispetto al precedente Codice¹⁰² sia rispetto alle direttive comunitarie, è la previsione che l'iscrizione all'elenco dei fornitori passa essere chiesta anche dopo la pubblicazione del bando di gara. In tal caso, l'ente si adopererà per iscrivere nel più breve tempo possibile il richiedente¹⁰³. Ad esempio, nel caso di gara mediante preselezione l'articolo X dell'Accordo stabilisce che gli enti selezionino i fornitori ammessi a partecipare alla procedura di gara, in maniera equa e non discriminatoria, attingendo agli elenchi permanenti. Pertanto, un fornitore può chiedere di essere qualificato e, quindi, pre-selezionato dall'En-

Dans le rare cas où de telles listes existent, elles sont publiées au Journal officiel des Communautés européennes».

¹⁰² Il problema era già stato affrontato dal Codice del 1979 che faceva espresso riferimento a situazioni in cui le entità pubbliche adottassero dei sistemi di qualificazione dei fornitori. In particolare era già stato previsto che quando la procedura di qualificazione venisse utilizzata in occasione di un particolare progetto di contratto non dovesse impedire che un fornitore straniero fosse valutato. Per questo motivo i fornitori che chiedessero di partecipare dovevano comunque essere presi in considerazione «a condizione che rimanga tempo sufficiente per portare a termine le procedure di qualificazione» (art. V, par. 2, lett. c, Codice del 1979). Inoltre, quando le entità pubbliche utilizzassero elenchi permanenti di fornitori qualificati, doveva essere permesso a tutti i fornitori in possesso dei requisiti prescritti, se ne facessero richiesta, di essere «iscritti su tali elenchi entro un ragionevole periodo di tempo» (art. V, par. 2, lett. d, Codice del 1979). Il rifiuto dell'iscrizione, come anche l'eventuale successiva esclusione, dovevano essere portati a conoscenza del fornitore interessato (art. V, par. 2, lett. d, Codice del 1979). Relativamente alle gare mediante preselezione, le entità pubbliche dovevano pubblicare ogni anno, su una delle pubblicazioni elencate nell'allegato III, un avviso che indicasse l'esistenza degli elenchi permanenti, le condizioni che i potenziali fornitori erano richiesti possedere per esservi iscritti, la durata di validità e le formalità per il loro rinnovo (art. V, par. 7, lett. a, Codice del 1979).

¹⁰³ Articolo VIII, lett. e), dell'Accordo del 1994.

te anche dopo che il bando di gara sia già stato pubblicato, naturalmente a condizione che la procedura di qualificazione possa essere completata in tempo utile per la partecipazione alla gara¹⁰⁴.

Anche le direttive hanno introdotto specifiche norme che fissano i limiti e le condizioni che gli Stati membri devono rispettare per poter utilizzare gli elenchi ufficiali¹⁰⁵. In particolare, le direttive fissano le modalità in base alle quali gli Stati membri possono elaborare e gestire gli elenchi ufficiali ed il valore probatorio derivante dall'iscrizione in elenchi ufficiali presso le amministrazioni aggiudicatrici di altri Stati membri. Infatti, gli Stati membri non sono obbligati ad istituire gli elenchi ufficiali, ma, se li istituiscono, sono obbligati a rispettare le disposizioni delle direttive sul punto, oltre ai criteri qualitativi relativi alla situazione personale, all'iscrizione o registro professionale, alla capacità economica e finanziaria, alla competenza e alla capacità tecnica¹⁰⁶.

Un candidato che voglia utilizzare l'elenco ufficiale come mezzo di prova delle proprie qualificazioni soggettive, deve presentare all'amministrazione aggiudicatrice un certificato d'iscrizione rilasciato dalla competente autorità del proprio Stato membro, in cui figurino le referenze che hanno permesso l'iscrizione nell'elenco e la classificazione attribuita nello stesso¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Articolo X, intitolato «Procédures de sélection», parr. 2 e 3, dell'Accordo del 1994.

¹⁰⁵ Art. 29 della direttiva lavori, art. 25 della direttiva forniture, art. 35 della direttiva servizi ed art. 30 della direttiva settori esclusi. La direttiva lavori, 71/305/CEE, disciplinava, all'art. 28, le liste ufficiali di imprenditori; è stata, invece, la stessa direttiva 93/36/CE ad introdurre questa previsione relativamente alle forniture.

¹⁰⁶ Vale a dire agli articoli 24, 25, 26 e 27 della direttiva 93/37/CEE, agli articoli 20, 21, 22 e 23 della direttiva 93/36/CEE, ed agli articoli 29, 30, 21, 32 della direttiva 92/50/CEE e all'art. 30 della direttiva settori esclusi.

¹⁰⁷ Art. 29, par. 2, della direttiva lavori, art. 25, par. 2, della direttiva forniture ed art. 35, par. 2, della direttiva servizi.

La direttiva 93/37/CEE, relativamente al carattere probante di questo tipo di certificazione, stabilisce che l'iscrizione in un elenco ufficiale, certificata dalle autorità competenti, costituisce per le amministrazioni degli altri Stati membri una presunzione di idoneità ai soli fini dell'articolo 24, lett. a, b, c, d e g, dell'articolo 25, dell'articolo 26, lett. b e c e dell'articolo 27, par. 1, lett. b e d¹⁰⁸.

La direttiva 93/36/CEE, relativamente al carattere probante di questo tipo di certificazione, stabilisce che l'iscrizione in un elenco ufficiale, certificata dalle autorità competenti, costituisce per le amministrazioni degli altri Stati membri una presunzione di idoneità ai soli fini dell'articolo 20, par. 1, lett. a, b, c, d e g, dell'articolo 21, dell'articolo 22, par. 1, lett. b e c e dell'articolo 23, par. 1, lett. a¹⁰⁹.

La direttiva 92/50/CEE, relativamente al carattere probante di questo tipo di certificazione, stabilisce che l'iscrizione in un elenco ufficiale, certificata dalle autorità competenti, costituisce per le amministrazioni degli altri Stati membri una presunzione di idoneità ai soli fini dell'articolo 29, lett. a, b, c, d e g, dell'articolo 30, dell'articolo 31, lett. b e c e dell'articolo 32, par. 2, lett. a¹¹⁰.

In ogni caso, tutte le direttive permettono all'amministrazione di richiedere, ad ogni soggetto che presenti un certificato d'iscrizione in un elenco ufficiale, un'attestazione supplementare relativa al pagamento dei contributi di sicurezza sociale¹¹¹.

¹⁰⁸ Art. 29, par. 3, della direttiva lavori.

¹⁰⁹ Art. 25, par. 3, della direttiva forniture.

¹¹⁰ Art. 35, par. 3, della direttiva servizi.

¹¹¹ Art. 29, par. 3 della direttiva lavori, art. 25, par. 3, della direttiva forniture e art. 35, par. 3, della direttiva servizi. Sarebbe invece illegittima, perché contraria agli artt. 49 e 50 (ex artt. 59 e 60) del Trattato CE, l'eventuale divieto posto da uno Stato membro che impedisca ad un operatore economico di spostarsi liberamente nel suo territorio con tutto il suo personale oppure la richiesta di sottoporre lo spostamento del personale a condizioni restrittive,

Relativamente alle modalità di iscrizione negli elenchi ufficiali, le direttive precisano che agli operatori economici non nazionali non possono essere richieste prove o dichiarazioni diverse da quelle richieste agli operatori economici nazionali, né diverse da quelle previste dagli articoli relativi ai criteri di selezione qualitativa¹¹². Tutti gli Stati membri che dispongono di elenchi ufficiali sono inoltre obbligati a comunicare, agli altri Stati membri ed alla Commissione, l'indirizzo dell'organismo che riceve le domande d'iscrizione¹¹³.

Sebbene l'amministrazione aggiudicatrice sia tenuta ad accettare il certificato d'iscrizione in un elenco ufficiale quale prova dei requisiti sopra menzionati, dobbiamo sottolineare che il valore probatorio di questo tipo di certificazione rimane comunque limitato agli elementi obiettivi su cui tale iscrizione si fonda e non si estende alla classificazione utilizzata. La portata limitata dell'armonizzazione degli elenchi ufficiali è stata evidenziata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia¹¹⁴. Il

quali una condizione di assunzione in loco o un obbligo di permesso di lavoro. Analoghi comportamenti costituiscono una discriminazione tra operatori economici stabiliti nel paese ospitante che possono avvalersi liberamente del proprio personale e operatori economici di altri Stati membri che vedono gravata la loro possibilità di adempiere il contratto d'appalto. Cfr. sentenza 27 marzo 1990, C 113/89, *Rush Portuguesa Ld contro Office national d'immigration*, in *Raccolta*, 1990, p. I-1417 ss.

¹¹² Art. 29, par. 4 della direttiva lavori, art. 25, par. 4, della direttiva forniture e art. 35, par. 4, della direttiva servizi.

¹¹³ Art. 29, par. 5 della direttiva lavori, art. 25, par. 5, della direttiva forniture e art. 35, par. 5, della direttiva servizi.

¹¹⁴ In particolare sentenza del 9 luglio 1987, C 27, 28 e 29/86, *Société anonyme Constructions et Entreprises Industrielles et autres contro Société Coopérative Association Intercommunale pour les autoroutes des Ardennes et autres*, in *Raccolta* 1987, p. 3368 ss., dove è stato ritenuto ammissibile che l'amministrazione richiedesse all'imprenditore iscritto in un elenco ufficiale la prova di disporre del minimo di risorse proprie e del numero di operai e quadri prescritto dalla legge nazionale, anche se tale imprenditore era iscritto nello Stato membro di stabilimento in una classe corrispondente a quella prescritta da detta legge nazionale in relazione all'entità dei lavori da appaltare.

carattere probante di un certificato di iscrizione nell'elenco ufficiale di uno Stato membro è limitato agli elementi oggettivi che hanno permesso l'iscrizione, ma non si estende alla classificazione che ne risulta. I criteri di classificazione delle imprese comunitarie, infatti, non sono ancora stati armonizzati¹¹⁵. Anche se i dati risultanti dall'iscrizione ad una lista ufficiale non possano essere messi in dubbio dall'amministrazione aggiudicatrice, quest'ultima rimane competente a stabilire il livello di qualificazioni soggettive richieste per partecipare ad un dato appalto. Le amministrazioni aggiudicatrici sono obbligate a ritenere sufficienti la capacità economica e finanziaria e le capacità tecniche dell'imprenditore per le prestazioni corrispondenti alla sua classificazione soltanto nella misura in cui tale classificazione riposi su criteri equivalenti al livello di capacità richiesta.

Il problema è stato, recentemente, affrontato in relazione alle classificazioni nazionali degli imprenditori, ma il problema si pone negli stessi termini per le classificazioni nazionali dei prestatori di servizi o dei fornitori. A seguito della contestazione della Commissione sull'individuazione delle capacità richieste per l'esecuzione di lavori attraverso il riferimento a classificazioni di organismi professionali nazionali¹¹⁶, la Corte ha nuovamente confermato come simili previsioni siano contrarie alle disposizioni delle direttive comunitarie che vietano la prova della qualificazione professionale di un'impresa attraverso mezzi di prova diverso da quelli tassativamente individuati. Non solo. Il riferimento a classificazioni utilizzate da organismi professionali nazionali rappresenta una discrimina-

¹¹⁵ V. la proposta del Comitato Europeo di Normalizzazione (CEN) del 27.9.1999 in tema di qualificazione delle imprese di costruzione. Nel maggio 1995, la Commissione aveva, infatti, investito sia il CEN, sia il CENELEC, di un mandato per lo studio e la proposta di soluzioni sui sistemi di qualificazione delle imprese di costruzione.

¹¹⁶ Nel caso si trattava di organismi di qualificazione nazionali francesi; precisamente i sistemi OPQCB, Qualibat, Qualifélec.

zione indiretta nei confronti di offerenti non nazionali e, quindi, una restrizione alla libera prestazione dei servizi, ai sensi dell'articolo 49 (ex art. 59) del Trattato CE¹¹⁷. Infatti, il principio della parità di trattamento, di cui è espressione l'articolo 49 (ex art. 59) del Trattato CE, vieta non solo le discriminazioni palesi, a motivo della cittadinanza, ma anche qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, mediante il ricorso ad altri criteri distintivi, abbia in pratica le stesse conseguenze¹¹⁸. Infatti, anche se il riferimento a classificazioni di organismi professionali nazionali non comporta che i certificati idonei ad essere presi in considerazione siano esclusivamente quelli rilasciati da tali organismi, le specificazioni tecniche così individuate sono però talmente particolari e astratte che, in linea di principio, solo i candidati nazionali possono immediatamente comprenderne l'importanza. Di conseguenza, l'eventuale ricorso a tali riferimenti per l'individuazione dei lavori richiesti ha l'effetto di fornire maggiori informazioni sulla loro consistenza alle imprese nazionali, rendendo per loro più facile la presentazione di offerte conformi ai riferimenti codificati presenti nel bando di gara. Al contrario, per offerenti di altri Stati membri risulta essere più difficile presentare le offerte appropriate nei termini stabiliti, con-

¹¹⁷ Sentenza del 26 settembre 2000, C 225/98, *Commissione c. Repubblica francese* (Edifici scolastici - Nord Pas de Calais), in *Raccolta* 2000, p. I-7445 ss., relativa alla costruzione e manutenzione di edifici scolastici dirette dalla Regione Nord-Pas-de-Calais e dal dipartimento del Nord. Annotata da LAMBERT, in *L'actualité juridique. Droit administratif*, 2000, p.1058 ss.; BENEDICT, in *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht - EWS*, 2000, p.514 ss.; SEIDEL, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2000, p.762 ss.; BROWN, *A Note on Case C-225/98, Commissione v. France*, in *Public Procurement Law Review*, 2001, NA9 ss.

¹¹⁸ Conforme anche sentenza 5 dicembre 1989, causa C 3/88, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1989, p. 4035 ss., in particolare punto 8, che ha ritenuto inammissibile la condizione, imposta dalla USL di Genova, di aver effettuato, negli ultimi tre anni, lo stesso tipo di fornitura per almeno il 50% a favore di pubbliche amministrazioni.

siderato che loro dovranno innanzitutto informarsi presso le amministrazioni aggiudicatrici interessate sull'oggetto ed il contenuto di tali riferimenti.

In ogni caso, come già affermato dalla Corte di Giustizia, l'amministrazione aggiudicatrice non può esigere dagli operatori economici stabiliti in altri Stati membri l'iscrizione in un elenco ufficiale del paese di appartenenza dell'amministrazione aggiudicatrice¹¹⁹. Un tale requisito costituirebbe, infatti, una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'importazione, vietata dall'articolo 28 (ex art. 30) del Trattato CE¹²⁰, piuttosto che una restrizione alla libera prestazione di servizi da parte di cittadini stabiliti in uno Stato membro diverso da quello del destinatario della prestazione, vietata dall'articolo 49 (ex art. 59) del Trattato CE.

3.3. I criteri di aggiudicazione dell'appalto pubblico.

A fronte di offerte conformi alle condizioni specificate nell'avviso o nel fascicolo di gara, le amministrazioni aggiudicatrici attribuiscono il contratto all'operatore economico che ritengono pienamente in grado di rispettare tutti i termini stabiliti. Tutte le condizioni richieste per la partecipazione, precedentemente pubblicate e chiaramente specificate nel fascicolo di gara, devono essere soddisfatte dal candidato, in particolare quelle relative alla capacità di realizzare il contratto. Su questi stessi elementi, precedentemente individuati, l'entità aggiudicatrice sceglierà la migliore offerta.

Come abbiamo rilevato nel precedente paragrafo, la valutazione sull'aggiudicazione dell'appalto pubblico deve procedere in due tempi. In primo luogo, deve essere verificata l'ef-

¹¹⁹ Sentenza 17 novembre 1993, C 71/92, *Commissione contro Regno di Spagna*, in *Raccolta*, 1993, p. I-5923 ss.

¹²⁰ Cfr., MIGLIAZZA, in POCAR, *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 162.

fettiva capacità, la serietà delle offerte in relazione a tutte le condizioni richieste, e precedentemente pubblicate, nel bando o nell'invito a partecipare alla gara. In secondo luogo, dovrà essere individuata l'offerta che risponde ai criteri di aggiudicazione individuati per soddisfare un interesse pubblico.

La rilevanza dell'interesse pubblico ai fini dell'aggiudicazione è particolarmente considerata dall'Accordo del 1994, tanto da aver espressamente previsto la possibilità che l'amministrazione aggiudicatrice non concluda il contratto per ragioni di interesse pubblico¹²¹.

3.3.1. I due criteri previsti: il prezzo più basso e l'offerta economicamente più vantaggiosa.

Le normative internazionali sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici hanno sempre individuato due soli criteri di aggiudicazione: in base unicamente al prezzo più basso oppure in base all'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico¹²².

Mentre le direttive comunitarie si esprimono in termini di «offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico», l'Accordo sugli appalti pubblici fa riferimento all'«offerta ritenuta la più vantaggiosa»¹²³. Ad una prima lettura quest'ultima dispo-

¹²¹ Norma chiave è qui l'articolo XIII, «*Présentation, réception et ouverture des soumissions, et adjudication des marchés*», e precisamente il par. 4, lett. b, «Sauf si elle décide, pour des raisons d'intérêt public, de ne pas passer le marché, l'entité l'adjugera au soumissionnaire qui aura été reconnu pleinement capable d'exécuter le contrat et dont la soumission, qu'elle porte sur des produits ou services nationaux ou sur des produits ou services d'autres Parties, sera la soumission la plus basse ou celle qui aura été reconnue comme étant la plus avantageuse selon les critères d'évaluation spécifiés dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres».

¹²² Art. 36, par. 1, della direttiva servizi, art. 26, par. 1, della direttiva forniture, art. 30, par. 1 della direttiva lavori ed art. 34, par. 1, della direttiva settori esclusi.

¹²³ La traduzione italiana è quella pubblicata sulla *G.U.C.E.* 3.9.1996, n.

sizione sembrerebbe prestarsi ad un'interpretazione che non individui un ancoraggio necessario con parametri di tipo economico, ma lasci spazio ad altri tipi di valutazione discrezionali dell'amministrazione aggiudicatrice. Purtroppo questo tipo di interpretazione, per quanto appaia seducente, deve essere escluso in considerazione sia degli obiettivi dell'Accordo, che vogliono evitare che gli appalti pubblici siano utilizzati quali strumento di politica economica ed aprire, invece, il mercato di riferimento alla concorrenza tra imprese¹²⁴, sia per il dato normativo, che richiede l'individuazione di criteri in rapporto all'oggetto dell'appalto¹²⁵.

Dei due criteri, soltanto il quello del prezzo più basso non pone, né ha posto, difficoltà d'interpretazione: possono essere presi in considerazione esclusivamente i prezzi offerti, e l'appalto dev'essere aggiudicato a chi ha offerto il prezzo più basso. Lo stesso non può dirsi per l'altro criterio di aggiudicazione.

Nel caso in cui abbia deciso di utilizzare il criterio dell'offerta più vantaggiosa, l'entità aggiudicatrice dovrà avere preventivamente precisato quali sono i criteri che utilizzerà per la sua valutazione¹²⁶.

C. 256, art. XIII, 'Presentazione, ricezione ed apertura delle offerte ed aggiudicazione dei contratti', par.4, 'Aggiudicazione del contratti', lett. b. Facendo riferimento ai testi ufficiali, troviamo che la dizione è fedelmente ripetuta in tutte queste lingue. In particolare, il testo francese parla di offerta «étant la plus avantageuse selon les critères d'évaluation spécifiés dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres», il testo inglese di «which in terms of the specific evaluation criteria set forth in the notices or tender documentation is determined to be the most advantageous», e il testo spagnolo di «según los criterios concretos de evaluación establecidos en los anuncios o en el pliego de condiciones, se considere la más ventajosa».

¹²⁴ V. *supra*, le considerazioni del primo capitolo, par. 1.

¹²⁵ V. *infra*, par. 3.3.2, in tema di definizione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

¹²⁶ Art. 36 della direttiva 92/50/CEE, art. 26 della direttiva 93/36/CEE, art. 30 della direttiva 93/37/CEE ed art. 34 della direttiva 93/38/CEE.

Sul punto, le proposte legislative del maggio 2000 introducono un più preciso obbligo di trasparenza nella definizione dei criteri di selezione, richiedendo che l'amministrazione aggiudicatrice, al momento del bando, non solo indichi obbligatoriamente la successione di preferenza, ma anche il valore percentuale che intende attribuire ai rispettivi parametri¹²⁷.

3.3.1.1. *Il procedimento per l'esclusione dell'offerta anomala.*

Qualora l'amministrazione aggiudicatrice ritenga che, al di sotto di un determinato livello, un'offerta non possa essere

¹²⁷ La proposta di relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, di servizi e di lavori, COM(2000) 275 def. del 10 maggio 2000 (in *G.U.C.E.* 30.1.2001, n. C 29 E, p. 11 ss.), modifica le disposizioni in materia di criteri d'aggiudicazione (articolo 36, paragrafo 2, della direttiva 92/50/CEE, articolo 26, paragrafo 2, della direttiva 93/36/CEE e articolo 30, paragrafo 2, della direttiva 93/37/CEE) introducendo un nuovo art. 53, par. 2. La nuova disposizione prevede l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di indicare, fin dall'inizio della procedura, la ponderazione relativa di ciascun criterio di aggiudicazione ai fini della determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tale indicazione potrebbe assumere una forma diversa da quella di una percentuale, ma in nessun caso può consistere nella sola menzione di un semplice ordine decrescente d'importanza dei criteri, che potrebbe impedire agli offerenti di predisporre le proprie offerte con cognizione di causa. In casi eccezionali, ossia quando la natura dell'appalto non consente la fissazione di una ponderazione relativa di ciascun criterio fin dall'inizio della procedura, le amministrazioni aggiudicatrici saranno obbligate a comunicare il valore di ciascun criterio d'aggiudicazione al più tardi al momento della trasmissione dell'invito a presentare offerte (procedure ristrette e negoziate) e, nel caso dell'utilizzo della nuova procedura per gli appalti particolarmente complessi, al più tardi al momento della trasmissione dell'invito a negoziare. Analogamente la proposta di direttiva che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua, di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto, COM (2000) 276 def. del 10 maggio 2000, modifica l'art. 34, par. 2 della direttiva 93/38/CEE, introducendo l'art. 54, par. 2, così formulato: «Nel caso del paragrafo 1, lettera a), l'ente aggiudicatore precisa la ponderazione relativa da esso attribuita a ciascun criterio scelto per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa. La ponderazione può essere espressa introducendo una forbice all'interno della quale dovrà collocarsi il valore conferito a ciascun criterio».

considerata seria rispetto alla prestazione richiesta, può respingere tale offerta perché anormalmente bassa, a condizione che sia rispettata una specifica procedura¹²⁸. Infatti, l'amministrazione aggiudicatrice deve innanzitutto richiedere per iscritto all'offerente le precisazioni in merito agli elementi costitutivi dell'offerta che essa considera pertinenti e verificare detti elementi costitutivi tenendo conto di tutte le spiegazioni ricevute. L'amministrazione può prendere in considerazione giustificazioni riguardanti l'economia del metodo di prestazione del servizio o le soluzioni tecniche adottate o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per prestare servizio, oppure l'originalità del servizio proposto dall'offerente. Ciò implica che, nella valutazione delle spiegazioni, l'amministrazione aggiudicatrice non può basarsi su considerazioni soggettive e deve trattare tutte le offerte anormalmente basse in modo equo, senza discriminazioni fondate sulla nazionalità.

Tale procedura mira a salvaguardare gli offerenti da valutazioni arbitrarie dell'amministrazione aggiudicatrice garantendo loro, indipendentemente dal momento in cui vengono richieste le precisazioni, la possibilità di dimostrare, prima che l'offerta possa essere respinta, che si tratta di un'offerta seria.

Pertanto, benché l'amministrazione abbia esplicitamente il diritto di decidere sull'accettabilità delle giustificazioni fornite da un offerente, non può giudicare preventivamente respingendo l'offerta sommariamente senza chiedere giustificazioni all'offerente¹²⁹. Tale scopo non sarebbe realizzato, se

¹²⁸ Art. 37 della direttiva servizi, art. 36 della direttiva forniture, art. 30, par. 4, della direttiva lavori ed art. 34, par. 5, della direttiva settori esclusi.

¹²⁹ Sentenza 22 giugno 1989, C 103/88, *Fratelli Costanzo SpA contro Comune di Milano*, in *Raccolta*, 1989, p. 1839 ss., annotata da CARANTA, *Sull'obbligo dell'amministrazione di disapplicare gli atti di diritto interno in contrasto con disposizioni comunitarie*, in *Foro amministrativo*, 1990, p. 1372 ss.; MARZONA, *Pubblica amministrazione e integrazione diritto interno - diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1990, p. 423, dove è pubblicata

l'amministrazione aggiudicatrice potesse decidere liberamente sull'opportunità della richiesta di giustificazioni, o se le fosse consentito di respingere offerte giudicate anormalmente basse facendo riferimento esclusivamente a criteri aritmetici¹³⁰.

Il problema è stato nuovamente sollevato avanti la Corte di Giustizia in relazione alla vigente normativa italiana che prevede l'esclusione automatica degli imprenditori che non abbiano presentato la giustificazione dei prezzi offerti per almeno il 75% del prezzo base, senza permettere che gli offerenti possano offrire altre spiegazioni successivamente all'apertura delle buste contenenti le offerte¹³¹. Anche in questo ca-

anche la decisione del giudice nazionale TAR Lombardia, Milano, 25 novembre 1989, n. 554; COLABIANCHI, *Direttive comunitarie sugli appalti: efficacia diretta per la pubblica amministrazione*, in *Giustizia civile*, 1990, I, p. 8 ss.; SIMON, in *Journal du droit international*, 1990, p. 456 ss.; BARONE, *L'efficacia diretta delle direttive CEE nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte costituzionale*, in *Foro italiano*, 1991, IV, col. 130 ss.; sentenza C 295/89, *Impresa Dona Alfonso di Dona Alfonso & Figli s.n.c. contro Consorzio per lo sviluppo industriale del Comune di Monfalcone*, in *Raccolta*, 1991, p. I-2967 ss.; sentenza 16 ottobre 1997, causa 304/96, *Hera spa contro Unità sanitaria locale n. 3 genovese*, in *Raccolta*, 1997, p. I-5685 ss.. Quest'ultima sentenza è annotata da ZOPPOLATO, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1998, p. 200 ss.

¹³⁰ Così. Sentenza 10 febbraio 1982, C 76/81, *SA Transporoute et Travaux contro Ministero dei lavori pubblici*, in *Raccolta*, 1982, p. 417 ss. e sentenze 22 giugno 1989, causa C 103/88, *F.lli Costanzo Spa contro Comune di Milano*, in *Raccolta*, 1989, p. 1839 ss.; 18 giugno 1991, causa C 3/88, *Donà Alfonso snc contro Consorzio per lo sviluppo industriale del Comune di Monfalcone*, in *Raccolta*, 1991, p. 4035 ss.

¹³¹ V. art. 21, comma 1 bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, legge quadro in materia di lavori pubblici - in G.U. 19.2.1994, n. 41 -, art. 7 del decreto legge 3 aprile 1995, n. 101 - in G.U. 13.4.1995, n. 78, p. 8 ss. - convertito con la legge 2 giugno 1995, n. 216 - in G.U. n. 127 del 2.6.1995, n. 127, p. 3 ss - oltre ai decreti ministeriali 28 aprile 1997 - in G.U. 8.5.1997, n. 105, p. 28 ss. - e 18 dicembre 1997 - in G.U. n. 1 del 2.1.1998, n. 1, p. 26 ss. In forza di queste disposizioni vengono scartate le offerte che presentano un ribasso superiore alla soglia di anomalia - calcolata secondo una formula aritmetica che si basa sulla media di tutte le offerte presentate in una gara - e l'appalto

so¹³² la Corte ha confermato che le direttive prevedono una procedura dettagliata di verifica in contraddittorio delle offerte considerate anormalmente basse. Dopo aver preso conoscenza di tutte le offerte presentate, l'amministrazione aggiudicatrice è obbligata a chiedere spiegazioni in merito agli aspetti dell'offerta che danno luogo a dei dubbi, in questo modo permettendo al candidato di provare la serietà della sua offerta¹³³. Inoltre, la normativa comunitaria non autorizza l'esclusione di alcuni tipi di giustificazioni. In particolare, ogni concorrente ha il diritto di far valere tutte le giustificazioni che ritiene appropriate e l'autorità aggiudicatrice è tenuta a valutarle nella loro integrità ai fini della decisione sull'aggiudicazione.

La direttiva settori esclusi, precisa che gli enti aggiudicatori possono respingere le offerte che sono anormalmente basse in virtù della concessione di un aiuto di Stato unicamente se hanno consultato l'offerente e se quest'ultimo non è stato in grado di dimostrare che detto aiuto è stato notificato alla

viene aggiudicato all'impresa la cui offerta risulta essere la più bassa senza raggiungere la soglia indicata. La normativa, inoltre, enumera tassativamente le giustificazioni che l'autorità aggiudicatrice può prendere in considerazione e vieta ai concorrenti di basarsi su alcuni tipi di giustificazioni.

¹³² V. Sentenza della Corte di Giustizia 27 novembre 2001, C 285/99 e 286/99, *Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni e ANAS - Ente nazionale per le strade, Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA* (C-285/99), e tra *Impresa Ing. Mantovani SpA e ANAS - Ente nazionale per le strade, Ditta Paolo Bregoli* (C-286/99), non ancora pubblicata.

¹³³ Come aveva chiarito l'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nelle conclusioni del 5 giugno 2001, non ancora pubblicate, «Coloro che desiderano partecipare all'aggiudicazione dell'appalto non conoscono, al momento di elaborare la loro offerta, la soglia a partire dalla quale questa può essere qualificata come anormalmente bassa. Inoltre, questa soglia è ignorata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice. Questa conseguenza, però, è il tributo che si deve pagare affinché l'anormalità delle offerte sia una nozione giuridica a priori indeterminata, ma perfettamente determinabile in relazione ad ogni appalto in particolare, come richiesto dall'art. 30, n. 4, della Direttiva» lavori, punto 36.

Commissione a norma dell'articolo 88 (ex art. 93), paragrafo 3 del Trattato CE o è stato da essa autorizzato¹³⁴.

3.3.2. *La definizione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.*

L'applicazione del criterio dell'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico richiede maggiore attenzione al fine di stabilire quali sono gli elementi che la definiscono.

Le direttive offrono una serie di criteri esemplificativi sui quali l'amministrazione può fondare la sua valutazione. La direttiva servizi indica: qualità, merito tecnico, caratteristiche estetiche funzionali, assistenza tecnica e servizio post-vendita, data della fornitura e termine di consegna o di esecuzione prezzo. La direttiva forniture indica: prezzo, termine di consegna, costo di utilizzazione, rendimento, qualità, carattere estetico e funzionale, valore tecnico, servizio successivo alla vendita e assistenza tecnica. La direttiva lavori indica: prezzo, termine di esecuzione, costo di utilizzazione, redditività, valore tecnico. La direttiva settori esclusi, sul punto più completa, indica il termine di consegna o di esecuzione, il costo di gestione, il rendimento, la qualità, le caratteristiche estetiche e funzionali, il valore tecnico, il servizio successivo alla vendita, l'assistenza tecnica, l'impegno in materia di pezzi di ricambio, la sicurezza di approvvigionamento, il prezzo.

L'Accordo del 1994, nel precisare che l'amministrazione aggiudicatrice debba esplicitare i criteri di aggiudicazione, prescrive che siano indicati, nel fascicolo di gara, gli eventuali fattori diversi dai prezzi che saranno presi in considerazione al momento della valutazione delle offerte e gli elementi di costo

¹³⁴ V. art. 34, par. 5, terzo capoverso, della direttiva 93/38/CEE; la disposizione prevede anche che gli enti aggiudicatori che respingono un'offerta anomala a causa di un aiuto di Stato, devono informarne la Commissione.

di cui si terrà conto per la valutazione dei prezzi indicati nell'offerta, quali le spese di trasporto, d'assicurazione e controllo e, nel caso di prodotti o servizi di altre parti, i dazi doganali e le altre imposizioni all'importazione, le tasse e la moneta di pagamento¹³⁵.

I criteri elencati sono chiaramente forniti a titolo esemplificativo, quindi non esauriscono i possibili criteri che le amministrazioni aggiudicatrici possono introdurre perché rilevanti ai fini dell'esecuzione di uno specifico appalto. Tuttavia, dai criteri esemplificativi enunciati deve essere dedotta la necessità di individuare criteri obiettivi e rigorosamente limitati alle finalità dell'appalto¹³⁶. Considerato che questa valutazione ha lo scopo di determinare quale offerta soddisfa meglio le necessità dell'amministrazione aggiudicatrice, la funzione dei criteri di aggiudicazione deve essere quella di permettere la valutazione della qualità intrinseca delle offerte. Questo implica che i criteri applicati siano in rapporto con l'oggetto dell'appalto¹³⁷.

Se l'amministrazione decide di aggiudicare all'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico, deve obbligatoriamente enunciare nel capitolato d'oneri o nel bando di gara tutti i criteri di aggiudicazione di cui prevede l'applicazione¹³⁸. Come ha precisato la Corte di Giustizia, l'obbligo di individuare

¹³⁵ V. art. XII, paragrafo 2, lettera h, dell'Accordo sugli appalti pubblici.

¹³⁶ Nella sentenza 28 marzo 1985, C 274/83, *Commissione contro Repubblica italiana*, in *Raccolta* 1985, p. 1057 ss, la Corte ha stabilito che ai fini della selezione dell'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico, l'amministrazione cui spetta la decisione non può fondarsi esclusivamente sul criterio quantitativo del prezzo che più si avvicina alla media dei prezzi offerti dall'insieme dei partecipanti. Sulla vicenda v. anche. Circolare del Ministero dei Lavori pubblici, in *Foro italiano*, 1985, IV, Col. 273 ss.

¹³⁷ Cfr. ad esempio l'articolo 26, par. 1, lett. b della direttiva 93/36/CEE: «Vari criteri relativi all'appalto».

¹³⁸ V. Art. 36, par. 2, della direttiva servizi, art. 26, par. 2, della direttiva forniture ed art. 30, par. 2 della direttiva lavori.

i criteri di aggiudicazione non è soddisfatto con un semplice riferimento generale a disposizioni della legislazione nazionale, ma, quale espressione di un potere discrezionale attribuito alle singole amministrazioni aggiudicatrici, deve essere espressamente individuato per il singolo appalto¹³⁹. Infatti, l'obiettivo della disciplina di origine internazionale è proprio quello di evitare il rischio che, nell'aggiudicazione degli appalti pubblici, sia data la preferenza ad offerenti o candidati nazionali e che considerazioni diverse da quelle economiche possano determinare le scelte di enti finanziati o controllati dallo Stato, amministrazioni regionali o locali o altri enti di diritto pubblico¹⁴⁰. Tuttavia, in una recente sentenza¹⁴¹ è stato ritenuto conforme alle disposizioni comunitarie l'aggiudicazione di un appalto di lavori pubblici all'offerta il cui costo finale è valutato meno elevato in seguito alla relazione di un esperto, cioè in considerazione del fatto che, secondo il parere di un esperto, l'offerta vincitrice rappresentasse il costo finale più basso di tutti. Questo a condizione che la parità di trattamento tra gli offerenti sia rispettata e, quindi, siano assicurate la trasparenza e l'obiettività della procedura attraverso la chiara menzione del parametro di valutazione nel bando di gara, o nel capitolato d'oneri, e che la relazione dell'esperto si fondi, per quanto

¹³⁹ V. Causa 31/87, *Gebroeders Beentjes BV contro Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 1988, p. 4635 ss. Nel caso la Corte ha ritenuto il criterio di prendere in considerazione l'esperienza specifica per il lavoro da eseguire, risultante da una disposizione normativa nazionale, legittimo quale criterio di capacità tecnica per l'accertamento dell'idoneità degli imprenditori, ma illegittimo quale criterio di aggiudicazione dell'appalto perché non menzionato nel bando di gara o nel capitolato d'oneri.

¹⁴⁰ Cfr. sentenza del 3 ottobre 2000, causa C 380/98, *The Queen contro H.M. Treasury, ex parte the University of Cambridge*, in *Raccolta*, 2000, p. I-8035 ss.; sentenza 1 febbraio 2001, causa C 237/99, *Commissione contro Francia (HLM)*, non ancora pubblicata.

¹⁴¹ Sentenza della Corte di Giustizia 18 ottobre 2001, C 19/00, *SIAC Construction Ltd e County Council of the County of Mayo*, non ancora pubblicata.

concerne tutti i punti essenziali, su fattori obiettivi presi in considerazione secondo i principi di una corretta pratica professionale in relazione alla valutazione attuata¹⁴². La decisione è particolarmente importante perché afferma la legittimità della distinzione tra prezzo complessivo dell'offerta e costo finale dell'appalto, attribuendo a questi due parametri una valutazione autonoma ai fini della determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa¹⁴³.

Da ultimo ricordiamo che affinché i partecipanti sappiano in base a quali elementi sarà valutata la loro offerta, le direttive richiedono di menzionare i criteri di aggiudicazione di cui è prevista l'applicazione in ordine decrescente, secondo l'importanza che è loro attribuita¹⁴⁴.

¹⁴² V. in particolare punti 42 e 44 della sentenza 18 ottobre 2001, C 19/00, *SIAC Construction Ltd.* Sembrerebbero discostarsi da questi principi le conclusioni Avv. Gen. Alber, dell'8 novembre 2001, nella causa C 470/99, *Universale-Bau AG*, non ancora pubblicata, dove, in relazione ad una gara d'appalto per l'impianto principale di depurazione biologica a Vienna, è affermata la compatibilità con le disposizioni della direttiva lavori di una procedura che preveda criteri di valutazione ignari agli imprenditori, sebbene fissati in anticipo e depositati presso un notaio.

¹⁴³ La rilevanza del caso *SIAC* appare in relazione alle ultime comunicazioni della Commissione, una sulla possibilità di prendere in considerazione parametri ambientali (v. infra in questo capitolo, par. 3.3.2.1.), l'altra sulla possibilità di integrare aspetti sociali (v. infra in questo capitolo, par. 3.3.2.2.) nella definizione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

¹⁴⁴ Art. 36, par. 2, della direttiva servizi, art. 26, par. 2, della direttiva forniture, art. 30, par. 2 della direttiva lavori ed art. 34, par. 2, della direttiva settori esclusi. In realtà, limitandosi a indicare un ordine decrescente d'importanza l'amministrazione aggiudicatrice mantiene la facoltà di attribuire ai criteri individuati una ponderazione determinata e quindi un valore relativo che sarà conosciuto dagli offerenti solo al momento della valutazione. Per questo la Commissione ha proposto di modificare queste norme, prevedendo l'obbligo, per le amministrazioni aggiudicatrici, di indicare già nel bando di gara o nel capitolato d'onere la ponderazione relativa di ciascun criterio. V. più dettagliatamente *supra* nota 126 in questo capitolo.

3.3.2.1. *Le valutazioni fondate su parametri ambientali.*

Le considerazioni ambientali non sono esplicitamente menzionate nell'attuale normativa relativa agli appalti pubblici, quali parametri autonomi per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa¹⁴⁵. Tuttavia, come suggerisce un recente Comunicazione della Commissione¹⁴⁶, le disposizioni sui criteri d'aggiudicazione possono essere interpretate con riferimento a specifiche considerazioni ambientali. In particolare, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero tenere in considerazione l'«innocuità ambientale» di un prodotto o di un servizio, introducendo il parametro ambientale in criteri specifici, relativi ai prodotti ed economicamente misurabili, quale il tasso di consumo energetico¹⁴⁷. Nella maggior parte dei casi, infatti, tali criteri possono riferirsi alla qualità o alle caratteristiche del prodotto o all'esecuzione di lavori o servizi, vale a dire alla qualità o al valore tecnico, menzionati tra i criteri d'aggiudicazione. Gli aspetti ambientali relativi ad un prodotto o un servizio potrebbero, quindi, essere considerati alla stessa stregua delle caratteristiche funzionali ed estetiche, criteri che sono esplicitamente elencati nelle direttive sugli

¹⁴⁵ Si noti, invece, che nelle proposte di modifica delle direttive sugli appalti pubblici, adottati dalla Commissione il 10.5.2000, le caratteristiche ambientali figurano espressamente tra i criteri che permettono di determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa.

¹⁴⁶ Comunicazione interpretativa della Commissione del 4.7.2001, COM(2001) 274 definitivo, *Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*, in G.U.C.E. 28.11.01, n. C 333, p. 12 ss. Per i lavori preparatori v. WILLIAMS, *The Proposed Commission Draft Communication on the Environment and the Impact of the Nord Pas-de-Calais Region Case*, in *Public Procurement Law Review*, 2001, p. NA75 ss.

¹⁴⁷ La comunicazione della Commissione del 2001 suggerisce, ad esempio, che i criteri per l'assegnazione dei marchi di qualità ecologica possano essere utilizzati per definire l'offerta economicamente più vantaggiosa quando rispondono a condizioni di tipo economico.

appalti pubblici, ai fini della valutazione degli elementi misurabili in termini economici¹⁴⁸. Infatti, gli elementi ambientali possono permettere di individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa nella misura in cui tali elementi comportino un vantaggio economico per l'amministrazione aggiudicatrice, cioè un vantaggio attribuibile al prodotto o al servizio oggetto dell'appalto.

Altre condizioni ambientali possono essere rilevanti relativamente alla valutazione di tutti i costi sostenuti nel corso dell'intera esistenza di un prodotto. Sicuramente il prezzo pagato dall'amministrazione aggiudicatrice per acquistare un prodotto riflette e include i costi sostenuti nelle fasi già completate¹⁴⁹, quindi, non potrebbe essere preso in considerazione una seconda volta nella procedura d'aggiudicazione¹⁵⁰. Al contrario, tutti i costi che intervengono dopo l'acquisto del prodotto sono sostenuti dall'amministrazione aggiudicatrice, incidono direttamente sugli aspetti economici del prodotto e possono essere presi in considerazione quali parametri al fine della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Ad esempio, le direttive menzionano esplicitamente come possibili criteri d'aggiudicazione i costi di gestione e il rapporto costo/efficacia¹⁵¹, e l'Accordo del 1994 fa riferimento agli elementi di costo attraverso cui sono valutati i prezzi indicati

¹⁴⁸ V. *supra* in questo capitolo par. 3.3.2.

¹⁴⁹ Il calcolo dei costi del ciclo d'esistenza di un prodotto tiene, infatti, conto di tutti i costi sostenuti durante la produzione, il consumo o l'uso e l'eliminazione di un prodotto o servizio. In generale queste fasi sono relative alla progettazione del prodotto, all'acquisto dei materiali, alla produzione, al trasporto, al collaudo, all'utilizzazione, all'eliminazione e al riciclaggio.

¹⁵⁰ Ad esempio, i costi di trasporto e di collaudo di un prodotto, se sostenuti dal fornitore e inclusi nel prezzo, non possono essere presi in considerazione una seconda volta dall'amministrazione aggiudicatrice, aggiungendoli al prezzo da pagare al fornitore.

¹⁵¹ Art. 36, par. 1, lett. b, della direttiva servizi, art. 26, par. 1, lett. b, della direttiva forniture, art. 30, par. 1, lett. b, della direttiva lavori ed art. 34, par. 1, lett. a, della direttiva settori esclusi.

nell'offerta¹⁵². Chiaramente, tali costi possono comprendere i costi di gestione diretti¹⁵³, le spese finalizzate a realizzare un risparmio¹⁵⁴, i costi di manutenzione o di riciclaggio del prodotto, e, in questo modo, essere legittimamente valutati quali parametri nella selezione delle offerte.

Inoltre, la Commissione suggerisce alle amministrazioni aggiudicatrici di utilizzare la possibilità di definire l'oggetto del contratto, di imporre condizioni relative all'esecuzione del contratto, di integrare in questo stadio delle procedure di aggiudicazione le loro preferenze ambientali legate all'eventuale presenza di costi esterni¹⁵⁵, a condizione che non siano introdotti sistemi che diano luogo a preferenze o a forme dissimulate di discriminazione perché in questo modo sarebbero violate le disposizioni del Trattato CE.

Per quanto tutte queste indicazioni appaiano assolutamente condivisibili, il problema che sta a monte è di stabilire se i parametri di definizione dell'offerta economicamente più

¹⁵² Art. XII, par. 2, lett. h, dell'Accordo sugli appalti pubblici.

¹⁵³ Ad esempio, energia, acqua e altre risorse utilizzate durante il ciclo di esistenza del prodotto.

¹⁵⁴ Ad esempio, per un sistema d'isolamento più efficace che permetta, in futuro, un risparmio di energia e quindi di denaro.

¹⁵⁵ Le esternalità sono danni o vantaggi il cui costo non è sostenuto, nelle condizioni normali del mercato, dal responsabile del danno o dal fruitore del vantaggio. Sono definite come «i costi e i benefici risultanti da attività sociali ed economiche di un gruppo di persone che esercitano un effetto su un altro gruppo di persone, quando il primo gruppo non tiene pienamente conto di tale effetto». Cfr. Commissione europea, DG Ambiente. *A Study on the Economic Valuation of Environmental Externalities from Landfill Disposal and Incineration of Waste. Final Main Report*, ottobre 2000, p. 9. Com'è stato rilevato dalla Commissione nella comunicazione interpretativa su appalti pubblici e ambiente al momento non esiste un sistema armonizzato di qualificazione e valutazione economica delle esternalità. A livello di Unione europea sono però in corso lavori miranti al coordinamento delle metodologie di valutazione economica dei costi esterni nel campo dei trasporti, che potrebbero, col tempo, eliminare i rischi di discriminazione che l'adozione di questo tipo di approccio potrebbe implicare.

vantaggiosa implicino, necessariamente, che ciascun criterio d'aggiudicazione debba determinare un vantaggio economico diretto per l'amministrazione aggiudicatrice, oppure, se i parametri utilizzati per l'aggiudicazione, pur dovendo essere misurabili in termini economici, non debbano necessariamente comportare un vantaggio economico diretto per l'amministrazione aggiudicatrice, in relazione a quello specifico appalto.

La Commissione, sia nel Libro verde¹⁵⁶, sia nella comunicazione relativa agli appalti pubblici del 1998¹⁵⁷, si era già pronunciata chiaramente a favore della prima interpretazione, anzi, aveva sottolineato che le amministrazioni aggiudicatrici hanno la possibilità di definire l'oggetto del contratto e, quindi, di integrare le loro esigenze di carattere ambientale, eventualmente anche collegate a vantaggi economici indiretti nelle procedure di aggiudicazione degli appalti, attraverso il ricorso a varianti.

Il rilievo dei criteri relativi alla protezione dell'ambiente per determinare i parametri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa è attualmente all'esame della Corte di giustizia nella causa C-513/99, intentata da un'autorità comunale che organizza servizi di trasporto di autobus¹⁵⁸. In

¹⁵⁶ Libro verde, Gli appalti pubblici nell'Unione europea - Spunti di riflessione per il futuro, adottato dalla Commissione il 27 novembre 1996, COM (96) 583 def.. Per un'analisi critica v. ARROWSMITH, *The Way Forward or a Wrong Turning? An Assessment of European Community Policy on Public Procurement in the Light of the Commission's Green Paper*, in *European Public Law*, 1997, p. 389 ss.

¹⁵⁷ Comunicazione della Commissione, *Gli appalti pubblici nell'Unione europea*, adottata dalla Commissione l'11 marzo 1998, COM (98) 143 def.

¹⁵⁸ Causa C 513/99, *Stagecoach Finland Oy Ab, già Oy Swebus Finland Ab, di Espoo*, domanda di pronuncia pregiudiziale, in G.U.C.E. 8.4.2000, n. C 102, p. 10, Così massimata: interpretazione degli art. 1, 2 e 4, e 34, par. 1, della direttiva 93/38/CEE e dell'art. 36, par. 1, della direttiva 92/50/CEE - campo di applicazione rispettivo delle direttive: autorità comunale aggiudicatrice che organizza dei servizi di trasporto di autobus e cui un'entità economicamente indipendente partecipa nella qualità di aggiudicatario - rilievo dei

linea con la sua più recente giurisprudenza¹⁵⁹, la Corte potrebbe confermare la possibilità di introdurre requisiti di tipo ambientale¹⁶⁰ se strettamente connessi con l'oggetto dell'appalto che deve essere aggiudicato.

criteri relativi alla protezione dell'ambiente per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa - ammissibilità nel caso in cui entità comunale riempia più facilmente questi criteri. La trattazione orale del caso avanti la Corte è stata l'8 ottobre 2001, seguiranno le conclusioni dell'Avvocato generale e la decisione della Corte.

¹⁵⁹ V. sentenza 13 marzo 2001, C 379/98, *PreussenElektra AG e Schleswig AG*, non ancora pubblicata - annotata da GOOSSENS EMME-RECHTS, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 991 ss. - che sembrerebbe poter orientare la Corte ad accogliere un'ampia possibilità di inserire condizioni di tipo ambientale tra i requisiti di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Nel caso *PreussenElektra*, infatti, la Corte ha stabilito che la normativa di uno Stato membro che, da un lato, obbliga le imprese private di fornitura di energia elettrica ad acquistare l'energia elettrica prodotta nella loro zona di fornitura da fonti di energia rinnovabili, a prezzi minimi superiori al valore economico reale di tale tipo di energia elettrica e, dall'altro, ripartisce l'onere finanziario derivante da tale obbligo tra dette imprese di fornitura di energia elettrica e i gestori privati delle reti di energia elettrica situati a monte, non costituisce un aiuto statale, né una normativa che ostacoli almeno potenzialmente il commercio intracomunitario. Ricordiamo che anche in questa materia c'è stata una Comunicazione della Commissione, del 21 dicembre 2000, relativa alla disciplina comunitaria degli aiuti di Stato per la tutela dell'ambiente, in G.U.C.E. 3.2.2001, n. C 37, p. 1 ss., cui è seguita la Decisione dell'Autorità di vigilanza EFTA n.152/01/COL, del 23 maggio 2001, che modifica la guida sull'applicazione delle disposizioni SEE in materia di aiuti di Stato agli aiuti per la tutela dell'ambiente, modificando per la ventottesima volta le norme procedurali e sostanziali in materia di aiuti di Stato, in G.U.C.E. 6.9.2001 n. L 237, p. 16 ss.

¹⁶⁰ Alla luce della recente sentenza della Corte di Giustizia 27 novembre 2001, C 285/99 e 286/99, *Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni e ANAS - Ente nazionale per le strade, Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA (C-285/99), e tra Impresa Ing. Mantovani SpA e ANAS - Ente nazionale per le strade, Ditta Paolo Bregoli (C-286/99)*, non ancora pubblicata, possiamo supporre che la Corte confermerà la necessità che i parametri di valutazione dell'offerta rispondano a criteri di tipo economico: «Il coordinamento a livello comunitario delle procedure di aggiudicazione degli appalti

Il problema ha portata generale e si pone in relazione a tutti gli accordi commerciali internazionali¹⁶¹. Per quando riguarda specificamente l'Accordo sugli appalti pubblici dell'OMC, riteniamo possibile l'introduzione, nella individuazione dei parametri di riferimento dell'offerta più vantaggiosa, di valutazioni fondate su parametri ambientali¹⁶² quando siano strettamente connessi con l'oggetto dell'appalto.

pubblici ha quindi come fine essenziale di proteggere gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro e, a tal fine, di escludere sia il rischio che gli offerenti nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti sia la possibilità che un'amministrazione aggiudicatrice si lasci guidare da considerazioni non economiche (v., in tal senso, sentenze 3 ottobre 2000, causa C-380/98, University of Cambridge, Racc. pag. I-8035, punti 16 e 17, e 1° febbraio 2001, causa C-237/99, Commissione/Francia, Racc. pag. I-939, punti 41 e 42)», punto 36 della motivazione.

¹⁶¹ Numerosi studi, infatti, tendono a verificare la possibilità di far emergere valutazione di tipo ambientale negli accordi commerciali dell'Organizzazione mondiale del commercio. Cfr. MIGLIORINO, *Le eccezioni «ambientali» ai principi del GATT nella prassi dei panels*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 1997, p. 673 ss.; MANZINI, *Environmental Exceptions of Art. XXIV GATT 1994 Revisited in the Light of the Rules of Interpretation of General International Law*, in MENGOLZI, *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, 1999, p. 811 ss.; DRIESEN, *What is Free Trade? The Real Issue Lurking behind the Trade and Environment Debate*, in *Virginia Journal of International Law*, vol. 41, 2000, n. 2, p. 279 ss.; VAN CALSTER, *The EU, Trade, Environment and Unilateralism: Passing the Buck*, in *European Foreign Affairs Review*, 2000, p. 9 ss.; SCHOLTE, O'BRIEN, WILLIAMS, *The WTO and Civil Society*, in *Journal of World Trade*, 2000, n.1, p. 107 ss.; FRANCONI, *Environment, Human Rights & International Trade*, Oxford, 2001; SHAFFER, *The World Trade Organization under Challenge: Democracy and the Law and Politics of the WTO's Treatment of Trade and Environment Matters*, in *Harvard Environmental Law Review*, 2001, p. 1 ss. Con particolare riferimento agli appalti pubblici, v. KUNZLIK, *Environmental Issues in International Procurement*, in ARROWSMITH, DAVIES, *Public Procurement: Global Revolution*, London, 1998, p. 199 ss.

¹⁶² Molto interessante, lo studio di NORDSTRÖM, VAUGHAN, *Trade and Environment*, WTO Special studies n. 4, Ginevra, 1999, dove, tra l'altro, si evidenzia che «the cooperative model of the WTO, based on legal rights and

3.3.2.2. La possibilità di integrare aspetti sociali.

Le direttive comunitarie sugli appalti pubblici offrono diverse possibilità di prendere in considerazione nel corso della procedura di aggiudicazione aspetti sociali relativi ai prodotti o alle prestazioni richieste, in particolare all'atto della definizione dei criteri di aggiudicazione¹⁶³. La recente comunicazione della Commissione¹⁶⁴, inserita nell'ambito delle azioni annunciate nell'Agenda della politica sociale, adottata in occasione del Consiglio di Nizza nel dicembre 2000¹⁶⁵, precisa le possibilità offerte dal diritto comunitario degli appalti pubblici, al fine di poter tenere in massima considerazione gli aspetti sociali negli appalti pubblici¹⁶⁶. L'espressione 'aspetti sociali' indica sia misure che garantiscono il rispetto dei diritti fondamentali, dei principi di parità di trattamento e di non di-

obligations, could potentially serve as a model for more structured environmental cooperation among nations».

¹⁶³ Nei precedenti paragrafi si è detto della possibilità di esclusione di candidati, o offerenti, per inosservanza della legislazione sociale, in particolare v. *supra* par. 3.2.2. Inoltre, MC CRUDDEN, *Social Policy Issues in Public Procurement: A Legal Overview*, in ARROWSMITH, DAVIES, *Public Procurement: Global Revolution*, London, 1998, p. 219 ss.

¹⁶⁴ Comunicazione interpretativa della Commissione *sul diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici*, COM(2001) 566 def. del 15.10.2001, in G.U.C.E. 28.11.01, n. C 333, p. 27 ss.

¹⁶⁵ *Verso una nuova agenda per la politica sociale*, COM (2000) 379 del 28.6.2000, che mira al rinnovamento sociale ed economico e cerca di garantire un'interazione positiva e dinamica delle politiche economiche, sociali e dell'impiego.

¹⁶⁶ La comunicazione, nelle intenzioni dichiarate, dovrebbe integrare i diversi aspetti sociali negli appalti pubblici e contribuire, in tal modo, allo sviluppo sostenibile. Infatti, progresso economico e coesione sociale, accompagnati da un elevato livello di tutela e miglioramento della qualità ambientale, sono i pilastri complementari dello sviluppo sostenibile e sono al centro del processo d'integrazione europea. Cfr. Comunicazione della Commissione, *Sviluppo sostenibile in Europa per un mondo migliore: strategia dell'Unione europea per lo sviluppo sostenibile*, COM(2001) 264 def. del 15.5.2001.

scriminazione – ad esempio tra uomini e donne –, sia le legislazioni nazionali in campo sociale sia le direttive comunitarie che regolano la materia¹⁶⁷, nonché clausole preferenziali per il reinserimento delle persone sfavorite o escluse dal mercato del lavoro, di azioni o discriminazioni positive in particolare nel quadro della lotta alla disoccupazione o all'esclusione sociale¹⁶⁸.

Problema centrale, come per le valutazioni fondate su parametri ambientali, è quello di stabilire se, in virtù del concetto di offerta economicamente più vantaggiosa, ciascuno dei criteri di aggiudicazione debba apportare un vantaggio economico diretto all'amministrazione aggiudicatrice, oppure se sia sufficiente che ciascuno di essi sia misurabile in termini economici pur senza apportare un vantaggio economico diretto all'amministrazione aggiudicatrice in relazione all'acquisto oggetto dell'appalto¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Esiste, infatti, a livello comunitario, un insieme di testi legislativi che trovano applicazione anche nel settore degli appalti pubblici. In particolare, si tratta di testi in materia di sicurezza e salute sul lavoro, quale la direttiva del Consiglio 89/391/CEE, del 12.6.1989 (in *G.U.C.E.* 29.6.1989, n. L 183, p. 1), concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro; la direttiva 92/57/CEE del 24.6.1992 riguardante le prescrizioni minime di sicurezza e di salute da attuare nei cantieri temporanei o mobili; le condizioni di lavoro e applicazione del diritto del lavoro, quali, la direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16.12.1996 (in *G.U.C.E.* 21.1.1997, n. L 18, p. 1 ss.) relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, ed il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di "trasferimenti di imprese", direttiva 2001/23/CE del 12.3.2001 (in *G.U.C.E.* 22.3.2001, n. L 82, p. 16 ss.) concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti, che codifica la direttiva 77/187/CEE. Cfr. POCAR, VIARENGO, *Diritto comunitario del lavoro*, Milano, 2001.

¹⁶⁸ Cfr. TREBILCOCK, *Social Dimension of International Trade Liberalization*, in DEMARET, BELLIS, *Regionalism and Multilateralism after the Uruguay Round*, Brussels, 1997, p. 511 ss.; BLENGINO, *La dimensione sociale del commercio internazionale*, in PORRO, *Studi di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 1999, p. 221 ss.

¹⁶⁹ Come abbiamo già rilevato – v. *supra*, in questo capitolo, par. 3.3.2.1.,

Altro punto interessante della comunicazione è relativo al c.d. criterio addizionale, che ha trovato applicazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁷⁰. Nel caso *Beentjes*, dove questa nozione è stata definita per la prima volta, la Corte ha sostenuto che un criterio relativo all'impiego di disoccupati di lunga durata non atteneva, in linea di principio, né all'accertamento dell'idoneità economica, finanziaria e tecnica del candidato, né ai criteri di aggiudicazione elencati nella direttiva, ma poteva essere ritenuto compatibile con la disciplina degli appalti pubblici, nei limiti in cui si conformava a tutti i principi pertinenti del diritto comunitario. Nel caso *Edifici scolastici - Nord Pas de Calais*, la Corte di giustizia ha affermato che le amministrazioni aggiudicatrici possono fondare la valutazione su un criterio relativo alla lotta contro la disoccupazione, purché siano rispettati tutti i principi fondamentali di diritto comunitario, e soltanto nel caso in cui le amministrazioni aggiudicatrici si trovino di fronte a due o più offerte economicamente equivalenti¹⁷¹. Infatti, un criterio di aggiudicazione connesso alla lotta contro la disoccupazione, non deve costituire un ostacolo diretto, o indiretto, per gli offerenti appartenenti ad altri Stati membri della Comunità e deve essere espressamente menzionato nel bando di gara affinché gli imprenditori siano posti in grado di conoscerne l'esistenza.

Da ultimo, ricordiamo che nelle due proposte di direttiva, adottate dalla Commissione nel maggio 2000, sono state espli-

oltre alla nota n. 154 – il problema è stato portato avanti la Corte di Giustizia, Causa C 513/99, *Stagecoach Finland Oy Ab, già Oy Swebus Finland Ab, di Espoo*, domanda di pronuncia pregiudiziale, in *G.U.C.E.* 8.4.2000, n. C 102, p. 10.

¹⁷⁰ In particolare Sentenza 20 settembre 1988, C 31/87, *Gebroeders Beentjes BV contro Paesi Bassi*, in *Raccolta* 1988, p. 4635 ss., in particolare punto 29, e sentenza 26 settembre 2000, C 225/98, *Commissione c. Repubblica francese (Edifici scolastici - Nord Pas de Calais)*, in *Raccolta* 2000, p. I-7445 ss.

¹⁷¹ Nel caso di specie questa condizione era stata considerata dallo Stato membro in questione come un criterio secondario, non determinante, ed utilizzabile dopo il confronto tra le offerte da un punto di vista puramente economico.

citamente menzionate le condizioni di esecuzione di un appalto finalizzate alla promozione dell'occupazione delle persone svantaggiate o escluse, o alla lotta contro la disoccupazione¹⁷².

3.3.2.3. La riserva a favore di determinate imprese.

Il divieto di predeterminare in via generale i parametri a fondamento della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa porta con sé il divieto di istituire riserve di aggiudicazione a favore di determinate categorie di imprese. Questo tipo di riserve, se non espressamente autorizzate¹⁷³, sono incompatibili con la disciplina internazionale degli appalti pubblici¹⁷⁴.

In due occasioni la Corte di Giustizia è intervenuta per dichiarare l'illegittimità di disposizioni nazionali che autorizzavano delle riserve.

In un caso, la Corte di Giustizia è intervenuta sulle limitazioni imposte *ex lege* in ordine alla scelta del contraente sulla

¹⁷² V. il considerando 22 della proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, di servizi e di lavori, COM(2000) 275 def. (in *G.U.C.E.* 30.1.2001, n. C 29 E, p. 11 ss.), che si ricollega all'articolo 23, par. 3 della proposta; nonché il considerando 32 della proposta di direttiva relativa al coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua, di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto, COM(2000) 276 def. (in *G.U.C.E.* 30.1.2001, n. C 29 E, p. 112 ss.), che si ricollega all'articolo 33, par. 3 della proposta.

¹⁷³ Ad esempio le direttive comunitarie hanno autorizzato per un certo periodo disposizioni nazionali sull'aggiudicazione degli appalti di forniture e di lavori che avessero come obiettivo la riduzione delle disparità regionali e la promozione della creazione di posti di lavoro nelle regioni meno favorite o colpite da declino industriale. V. da ultimo, art. 35 della direttiva 93/38/CEE.

¹⁷⁴ Infatti gli Stati Uniti hanno fatto inserire una specifica eccezione nell'Accordo sugli appalti pubblici del 1994, al fine di poter continuare a riservare il 20% degli appalti pubblici alle *'small minority businesses'*, cioè alle imprese controllate da delle minoranze.

base della proprietà pubblica dell'impresa ed alla conseguente riserva a favore delle imprese a partecipazione statale¹⁷⁵. A giudizio della Corte, infatti, «il principio della parità di trattamento, del quale sono specifica espressione gli articoli 52 e 59 del Trattato, vieta non solo le discriminazioni palesi, a motivo della cittadinanza, ma anche qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, mediante il ricorso ad altri criteri distintivi, abbia in pratica le stesse conseguenze»¹⁷⁶.

Considerazioni analoghe devono essere fatte in relazione a situazioni di privilegio in vario modo connesse all'utilizzazione degli appalti pubblici come strumento di politica regionale, in funzione cioè del perseguimento di obiettivi di riequilibrio e di redistribuzione territoriale delle attività e delle risorse economiche, sebbene le finalità collegate alla riduzione delle disparità e dei divari regionali in termini di livelli e ritmi di sviluppo trovino generale ed esplicito riconoscimento nello stesso ordinamento comunitario¹⁷⁷. Le prime direttive sugli appalti pubblici di forniture e di lavori avevano previsto una deroga temporanea¹⁷⁸ relativamente alle disposizioni nazionali

¹⁷⁵ Sentenza 5 dicembre 1989, C 3/88, *Commissione c. Repubblica italiana (Re Data Processing)*, in *Raccolta*, 1989, p. 4035 ss. Annotata da CARDARELLI, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1990, p. 608 ss.; SANFILIPPO, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1990, p. 419 ss.; MAZZARELLI, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1991, p. 764 ss.; BOUTARD-LABARDE, in *Journal du droit international*, 1990, p. 471 ss.

¹⁷⁶ Sentenza 5 dicembre 1989, C 3/88, *Commissione c. Repubblica italiana (Re Data Processing)*, in *Raccolta*, 1989, p. 4035 ss., punto 8 della motivazione.

¹⁷⁷ Si vedano in particolare gli articoli 20 (ex art. 8C), 87 (ex art. 92), par. 3, e 158 (ex art. 130A) del Trattato CE. Cfr. i contributi di CONDINANZI, PINNA e MALATESTA, in POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, rispettivamente p. 144 ss., p. 457 ss e 640 ss.

¹⁷⁸ Si trattava di una deroga temporanea, permessa fino al 31 dicembre 1992, dall'art. 26, par. 1, della direttiva 77/62/CEE (forniture) e dall'art. 29 bis, par. 1, della direttiva 71/305/CEE, così come rispettivamente modificate dalle direttive 88/295/CEE e 89/440/CEE (lavori). Peraltro, l'ammissibilità

vigenti in materia di procedure di aggiudicazione, più strettamente connesse ad obiettivi di sviluppo e di promozione occupazionale nelle regioni economicamente meno favorite¹⁷⁹.

Invece, è stata dichiarata incompatibile con il diritto comunitario la normativa italiana, poi abrogata, che riservava alle imprese ubicate nel Mezzogiorno una quota pari almeno al 30% degli appalti di forniture aggiudicati da enti, aziende ed amministrazioni pubbliche nazionali, nonché da società ed enti a partecipazione statale¹⁸⁰. La Corte ha, infatti, affermato

della deroga era stata espressamente condizionata alla compatibilità di tali disposizioni sia con gli obblighi internazionali della Comunità, che con i principi del Trattato CE, con particolare riguardo a quelli relativi alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei beni e dei servizi.

¹⁷⁹ Cfr. Comunicazione del 22.9.1989 su *Appalti pubblici - Aspetti regionali e sociali* (in G.U.C.E. 12.12.1989, n. C 311). In tale occasione, in particolare, la Commissione ha espresso valutazioni sostanzialmente critiche nei confronti delle riserve previste dall'ordinamento italiano a favore delle imprese operanti nel Mezzogiorno, in particolare l'art. 113 del D.P.R. 6 marzo 1978, n. 218, art. 113 e l'art. 17, commi 15, 16 e 17, della legge 1 marzo 1986, n. 64, e delle quali è stata rilevata non solo la dubbia efficacia in termini di contributo effettivo allo sviluppo economico regionale, ma soprattutto (a differenza degli analoghi regimi vigenti in Germania e nel Regno Unito) il significativo impatto distorsivo sugli scambi e sulle condizioni di concorrenza, esercitato tanto a livello comunitario che nazionale e derivante principalmente dall'ampiezza dell'ambito geografico di applicazione delle misure in esame e dalla particolare consistenza, in termini di valore, degli appalti pubblici interessati. Sulla vicenda v. ROSSOLINI, *Diritto comunitario e obbligo di riserva di forniture e lavorazioni a favore delle imprese ubicate nel Mezzogiorno*, in *Diritto comunitario e scambi internazionali*, 1988, p. 135 ss.; RAMETTA, *In tema di riserva a favore delle imprese meridionali nelle forniture pubbliche*, in T.A.R., 1987, II, p. 363 ss.; BRANCASI, *La posizione delle regioni di fronte alla riserva di forniture in favore delle imprese nel Mezzogiorno*, in *Foro amministrativo*, 1987, p. 2475 ss.; SICO, *Aiuti di Stato e finalità regionale e libera circolazione*, in *Foro Italiano*, 1991, VI, p. 50 ss.; CARANTA, *In contrasto con il diritto comunitario le riserve di forniture a favore di imprese del meridione*, in *Giustizia civile*, 1991, I, p. 1369 ss.

¹⁸⁰ Sentenza 20 marzo 1990, C 21/88, *Du Pont de Nemours c. USL n. 2 di Carrara*, in *Raccolta* 1990, p. 889 ss. La controversia, tra la società Du Pont de Nemours Italiana s.p.a. e l'U.S.L. n. 2 di Carrara, verteva sulla legittimità di

la contrarietà della normativa in esame al divieto di cui all'articolo 28 (ex art. 30) del Trattato CE, osservando che la natura restrittiva di simili regimi preferenziali non può essere negata per il fatto che i relativi effetti discriminatori si dispieghino in eguale misura anche nei confronti di prodotti di imprese nazionali situate al di fuori dell'area territoriale interessata¹⁸¹: sebbene la riserva non favorisse la totalità dei prodotti

un provvedimento della U.S.L., in cui erano state stabilite le modalità di aggiudicazione della licitazione privata per una fornitura di pellicole e liquidi radiologici; il capitolato speciale aveva infatti distinto la fornitura in due lotti, di cui uno, pari al 30% dell'importo globale della stessa, riservato alle imprese ubicate nel Mezzogiorno. Il caso è stato commentato da ARROWSMITH, *A Guide to the Procurement Cases of the Court of Justice*, Winteringham, 1992, p. 95 ss.; FERNANDEZ MARTIN, STEHMANN, *Product Market integration versus Regional Cohesion in the Community*, in *European Law Review*, 1991, p. 216 ss.; WAINWRIGHT, *Legal Reforms in Public Procurement*, in *Yearbook of European Law*, 1990, p. 133 ss.; SICO, *Aiuti di Stato e finalità regionale e libera circolazione*, in *Foro It.*, 1991, VI, p. 50 ss.; CARANTA, *In contrasto con il diritto comunitario le riserve di forniture a favore di imprese del meridione*, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 1369 ss.

Nello stesso senso si veda anche sentenza 11 luglio 1991, C 351/88, *Laboratori Bruneau Srl c. USL RM/24 di Monterotondo (Roma)*, in *Raccolta* 1991, p. 3641 ss. In questo caso era stata chiesta dalla società Laboratori Bruneau la dichiarazione di illegittimità degli atti di una licitazione privata per fornitura di materiale di sutura relativa al 30% del totale della quantità annua necessaria alla U.S.L. di Monterotondo. Sul caso, v. ACQUAFRESCA, *Riserva di forniture pubbliche e nozione comunitaria di aiuto di Stato*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1992, p. 1336 ss.

Parte della dottrina si era espressa nel senso di ritenere conforme al diritto comunitario la riserva in questione. In questo senso SICO, *Aiuti di Stato e finalità regionale e libera circolazione*, in *Foro It.*, 1991, VI, p. 50 ss.; FERNANDEZ MARTIN, STEHMANN, *Product Market integration versus Regional Cohesion in the Community*, in *European Law Review*, 1991, p. 216 ss. che scrivono: «It will be argued that the Italian quota may be a «second best device» for regional policy for a transitional period, and should have therefore been admitted as a legitimate State aid», p. 217.

¹⁸¹ V. in particolare il punto 13 della motivazione della sentenza *Du Pont*. Peraltro la Corte rileva anche che, a causa del suo carattere discriminatorio, il regime italiano non potrebbe comunque essere giustificato dalle «esigenze imperative riconosciute dalla giurisprudenza della Corte, poiché tali

nazionali rispetto a quelli di provenienza estera, tutti i prodotti che ne beneficiavano erano prodotti nazionali¹⁸².

3.3.3. I sistemi di preferenza sul prezzo.

Gli accordi internazionali sugli appalti pubblici, basati sul principio di reciprocità, non escludono, in linea di principio,

esigenze possono essere prese in considerazione solo nei riguardi di una normativa indistintamente vigente per i prodotti nazionali e per quelli importati», punto 14. Come ha rilevato l'avvocato generale nelle sue conclusioni, il carattere discriminatorio della riserva è aggravato dall'ampiezza di territorio considerata, circa il 40% di tutto il territorio nazionale, e dal suo valore economico, stimato in circa 16-17 miliardi di ECU

¹⁸² Nella stessa sentenza 20 marzo 1990, C 21/88, *Du Pont de Nemours c. USL n. 2 di Carrara*, in *Raccolta* 1990, p. 889 ss., la Corte ha inoltre precisato che le disposizioni del Trattato CE concernenti gli aiuti di Stato non possono in alcun caso servire ad eludere quelle relative alla libera circolazione delle merci. A giudizio della Corte, infatti, entrambe le norme perseguono il comune scopo di garantire la libera circolazione delle merci fra Stati membri in condizioni normali di concorrenza e il fatto che un provvedimento nazionale possa essere qualificato come aiuto ai sensi dell'art. 87 (ex art. 92) del Trattato CE, non costituisce in alcun modo un motivo sufficiente per sottrarlo al divieto di cui all'art. 28 (ex art. 30). Questo, pur dando luogo ad alcune incertezze in ordine alla esatta distinzione delle fattispecie rispettivamente disciplinate dai due citati articoli del Trattato CE, esclude comunque esplicitamente la compatibilità, con i principi comunitari, di ogni forma di trattamento preferenziale inteso a favorire, in sede di aggiudicazione dei contratti pubblici, determinate imprese o categorie di imprese in ragione della loro ubicazione sul territorio nazionale. V. WINTER, *Public Procurement in the EEC*, in *Common Market Law Review*, 1991, p. 741 ss. Il principio era già stato affermato nella sentenza 22 marzo 1977, C 74/76, *Iannelli e Volpi s.p.a. c. Ditta Paolo Meroni*, in *Raccolta* 1977, p. 557 ss., e nella sentenza 7 maggio 1985, C 18/84, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta* 1985, p. 1339 ss., in cui la Corte aveva appunto dichiarato «Le disposizioni relative agli aiuti di cui agli artt. 92 e 94 del Trattato CE non possono affatto servire ad eludere le norme del Trattato CE relative alla libera circolazione delle merci (...) Il fatto che una misura nazionale possa essere eventualmente considerata un aiuto ai sensi dell'art. 92 non è quindi un motivo sufficiente per esonerarla dal divieto di cui all'art. 30», punto 13 della motivazione. Tale collegamento è stato sottolineato anche da MENGOLZI, *Il diritto della Comunità europea*, Milano, 1990, p. 346 ss.

che le legislazioni nazionali possano introdurre sistemi di preferenza sul prezzo¹⁸³.

Il Codice del 1979 prevedeva che le entità aggiudicatrici non dovessero normalmente subordinare le aggiudicazioni dei loro appalti pubblici di forniture alla condizione che il fornitore offra la possibilità di acquisti compensativi. Se obblighi compensativi fossero stati introdotti nel contratto, le Parti contraenti avevano l'obbligo di limitare la compensazione ad una ragionevole percentuale del valore del contratto e a non favorire i fornitori cittadini di una parte rispetto ai fornitori cittadini di qualsiasi altra parte¹⁸⁴. Quindi, i regimi di preferenza sul prezzo erano ammessi quando limitati ad una ragionevole percentuale del valore del contratto e quando non violassero la prescrizione contenuta nella clausola della nazione più favorita. Inoltre, la Comunità europea, in quell'occasione¹⁸⁵, aveva fatto un'espressa dichiarazione relativa alla possibilità per le entità aggiudicatrici degli Stati membri di riservare acquisti compensativi a favore di fabbricazioni comunitarie, mediante l'inserimento di una clausola appropriata nei contratti conclusi con il fornitore del paese terzo¹⁸⁶.

¹⁸³ Le preferenze sul prezzo sono situazioni in cui alcune categorie di offerenti beneficiano di una preferenza di prezzo in forza della quale l'offerta presentata da A, sebbene superiore a quella di B, viene considerata equivalente a quella di B a condizione che A applichi una determinata condizione.

¹⁸⁴ In questo senso, art. V, *procedure per le gare d'appalto*, par. 14, *presentazione, ricezione ed apertura delle offerte ed aggiudicazione dei contratti*, lett. h, del Codice del 1979. V. anche *supra*, capitolo 1, par. 1.2.2.

¹⁸⁵ La Comunità europea non era parte contraente del codice GATT, ma, trattandosi di un accordo di liberalizzazione dei soli appalti pubblici di forniture, la sua competenza si fondava sull'art. 115 (divenuto 134) del Trattato CE, al fine di assicurare che l'esecuzione delle misure di politica commerciale adottate dagli Stati membri conformemente al Trattato non sia impedita da deviazioni di traffico. V. Dichiarazione della Commissione relativa all'articolo 115 del trattato, in *G.U.C.E.*, 19.8.1980, n. C 211, p. 1, e Risoluzione del Consiglio, 22 luglio 1980, relativa all'accesso dei prodotti originari dei paesi terzi agli appalti pubblici di forniture nella Comunità, in *G.U.C.E.* 19.8.1980, n. C 211, p. 2.

¹⁸⁶ Dichiarazione del Consiglio e della Commissione concernente l'arti-

In forza di queste previsioni, era stato possibile introdurre nella direttiva settori esclusi una specifica clausola di preferenza per l'offerta comunitaria, a discapito delle offerte per prodotti originari di paesi terzi¹⁸⁷, che era stata fermamente contrastata dagli Stati Uniti¹⁸⁸.

L'Accordo del 1994, da una parte, afferma che nel processo di qualificazione e selezione dei fornitori, dei prodotti o dei servizi, o in sede di valutazione delle offerte ed aggiudicazione le entità aggiudicatrici non devono imporre, né sollecitare, né prendere in considerazione alcuna compensazione¹⁸⁹. Dall'altra, individua in modo più ampio la nozione di compensazioni, facendo riferimento a quelle misure utilizzate per promuovere lo sviluppo locale o migliorare la bilancia dei pagamenti mediante l'imposizione di condizioni relativamente al contenuto nazionale, alla concessione di licenze di tecnologia, agli investimenti, ad operazioni compensative di commercio estero o simili¹⁹⁰. Quindi, limita la loro introduzione al momento dell'adesione di un paese in via di sviluppo all'Accordo e le ammette esclusivamente ai fini della qualificazione per partecipare alle procedure d'appalto e non come criterio di aggiudicazione dello stesso¹⁹¹.

colo V, paragrafo 14 h) dell'accordo sugli appalti pubblici risultante dai negoziati commerciali multilaterali conclusi nell'ambito del GATT, in *G.U.C.E.* 19.8.1980, n. C 211, p. 3.

¹⁸⁷ La disposizione è stata prima introdotta nell'art. 29 della direttiva 90/531/CEE, divenuta senza modificazioni l'art. 36 della direttiva 93/38/CEE, v. *supra*, capitolo 1, par. 1.3.4.

¹⁸⁸ Sugli accordi tra Stati Uniti e Comunità europea che seguirono la contestazione della clausola di preferenza comunitaria, v. *supra*, capitolo 1, par. 1.2.3.

¹⁸⁹ Art. XVI, «*Opérations de compensation*», par. 1, dell'Accordo sugli appalti pubblici del 1994.

¹⁹⁰ Questa definizione è introdotta in una nota al termine «compensazioni» nell'art. XVI, par. 1, dell'Accordo sugli appalti pubblici.

¹⁹¹ Art. XVI, «*Opérations de compensation*», par. 2, dell'Accordo sugli appalti pubblici del 1994 che così stabilisce «*Toutefois, eu égard aux considérations de politique générale, y compris celles qui concernent le dévelop-*

È interessante rilevare che, a differenza di altri regimi di preferenza¹⁹², le condizioni di compensazione sono ammesse, perché individuate attraverso l'introduzione di una percentuale sul valore del contratto d'appalto. Questa operazione, infatti, permette la 'tarifficazione' di queste condizioni e, di conseguenza, apre la strada alla negoziazione multilaterale per la loro riduzione¹⁹³.

3.3.3.1. *Il caso della legge dello Stato del Massachusetts contro la violazione dei diritti dell'uomo in Birmania: la tutela dei diritti fondamentali.*

Un caso interessante¹⁹⁴, relativo all'introduzione di condizioni non aventi carattere economico nelle procedure di ag-

pement, un pays en développement pourra, au moment de son accession, négocier des conditions pour l'utilisation des opérations de compensation, telles que des prescriptions pour l'incorporation d'un certain contenu d'origine nationale. Ces prescriptions seront utilisées uniquement aux fins de la qualification pour la participation au processus de passation des marchés et non pas comme critères pour l'adjudication des marchés. Les conditions seront objectives, clairement définies et non discriminatoires. Elles seront énoncées à l'Appendice I du pays et pourront comprendre des limitations précises à l'imposition d'opérations de compensation dans tout marché visé par le présent accord. L'existence de telles conditions sera notifiée au Comité et indiquée dans l'avis de marché envisagé et autre documentation».

¹⁹² V. *supra*, in particolare par. 3.3.2.3 in questo capitolo.

¹⁹³ V. *supra* capitolo 1 par. 1.1.2. e par. 1.2.4.2.

¹⁹⁴ Cfr. CARVAJAL, *State and Local "Free Burma" Laws: the Case for Sub-National Trade Sanctions*, in *Law & Policy in International Business*, 1997/98, p. 205 ss.; MCCRUDDEN, *International Economic Law and the Pursuit of Human Rights: A framework for Discussion on the Legality of 'Selective Purchasing' Laws under the WTO Government Procurement Agreement*, in *Journal of International Economic Law*, 1999, p. 3 ss.; HELLWIG, *The Retreat of the State? The Massachusetts Burma Law and Local Empowerment in the Context of Globalization*, in *Wisconsin International Law Journal*, 2000, p. 477 ss.; SPENNEMANN, *The WTO Agreement on Government Procurement. A Means of Furtherance of Human Rights?*, in *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2001, p. 43 ss.; FITZGERALD, *Massachusetts, Bruma, and the World Trade Or-*

giudicazione degli appalti pubblici disciplinati dall'Accordo del 1994, è quello della legge dello Stato americano del Massachusetts contro le violazioni dei diritti dell'uomo in Birmania¹⁹⁵.

Una legge dello Stato del Massachusetts del 25 giugno 1996¹⁹⁶ stabiliva che l'amministrazione dello Stato potesse limitare l'aggiudicazione degli appalti di prodotti o di servizi a soggetti, statunitensi o stranieri, che esercitassero attività commerciale con la Birmania, imponendo l'applicazione di una penalità del 10% sul prezzo offerto da queste imprese. Contro questa legge, la Comunità europea ha chiesto l'apertura delle consultazioni con gli Stati Uniti¹⁹⁷, conformemente all'articolo XXII dell'Accordo sugli appalti pubblici e all'articolo 4 dell'Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la composizione delle controversie¹⁹⁸. Poiché l'offerta fatta dagli Stati Uniti nel quadro dell'Accordo del 1994 riguarda anche lo Stato del Massachusetts, è stato contestato che tali misure fossero contrarie agli impegni gravanti sugli Stati Uniti in forza dell'Accordo stesso. In particolare, la Comunità europea affermava che la legge del Massachusetts fosse contraria alle disposizioni di cui all'articolo VIII b)¹⁹⁹, perché imponeva alle

ganization: A Commentary on Blacklisting, Federalism, and Internet Advocacy in the Global Trading Era, in *Cornell International Law Journal*, 2001, p. 1 ss.

¹⁹⁵ La violazione grave e sistematica dei diritti dell'uomo in Birmania è stata oggetto di una posizione comune del Consiglio 96/635/PESC (in *G.U.C.E.* 8.11.1996, n. L 287, p. 1 ss.) i cui effetti sono stati prorogati al 29 ottobre 2001 – posizione comune 2001/284/PESC (in *G.U.C.E.* 10.4.2001, n. L 99, p. 1 ss) – poi al 29 aprile 2002 – posizione comune 2001/757/PESC del 29.10.2001 (in *G.U.C.E.* 30.10.2001, n. L 286, p. 1 ss.).

¹⁹⁶ Capitolo 130, §1, 1996 Mass. Acts 210, pubblicata in *Mass. Gen. Laws*, ch.7, §§ 22G-22M, 1996.

¹⁹⁷ V. il documento WT/DS88/1 per la richiesta di consultazione presentata dalla Comunità europea il 26 giugno 1997.

¹⁹⁸ V. *supra*, capitolo 1, par. 1.2.4.4.

¹⁹⁹ L'art. VII, «*Qualification des fournisseurs*», lett. b, dell'Accordo del 1994, stabilisce che le condizioni di partecipazione alle procedure di gara

imprese che partecipano alle gare delle condizioni che non sono indispensabili al fine di garantire che l'impresa sia in grado di eseguire il contratto; all'articolo X²⁰⁰, perché imponeva dei criteri di qualificazione discriminanti fondati su considerazioni politiche piuttosto che economiche; nonché all'articolo XIII²⁰¹, nella misura in cui la legge permetteva che gli appalti fossero aggiudicati in funzione di considerazioni di tipo politico piuttosto che economico. Inoltre, tale legge annullava o comprometteva i vantaggi derivanti dall'Accordo del 1994, poiché, limitando l'accesso degli operatori comunitari agli appalti aggiudicati da questa entità infra-federale compresa nell'Accordo, riduceva l'offerta infra-federale degli Stati Uniti nel quadro degli Accordi del 1994²⁰².

Nello stesso periodo di tempo in cui la Commissione chiedeva l'apertura delle consultazioni, il Parlamento europeo si era interessato alla situazione della Birmania e con una risoluzione del giugno 1997²⁰³, aveva espressamente esortato la Commissione a non intraprendere azioni, nel quadro della procedura prevista dall'Organizzazione mondiale del commercio per la composizione delle controversie, contro la legge del Massachusetts. Anche in questo caso²⁰⁴ emerge la volontà

devono essere limitate a quelle indispensabili per verificare che l'impresa sia in grado di eseguire il contratto, v. *supra*, par. 3.2.3.1.

²⁰⁰ L'art. X, «*Procédures de sélection*», dell'Accordo del 1994, impone alle entità aggiudicatrici di selezionare gli imprenditori ammessi a partecipare alle gare in maniera equa e non discriminatoria, v. *supra*, par. 3.2.4.

²⁰¹ L'art. XIII, «*Présentation, réception et ouverture des soumissions, et adjudication des marchés*», dell'Accordo del 1994, individua due soli criteri di aggiudicazione, v. *supra*, par. 3.3.1. e 3.3.2.

²⁰² L'art. XXII, «*Consultations et règlement des différends*», permette due tipi di ricorso, per 'violationscomplaints' e per 'non violation complaints', v. *supra*, capitolo 1, par. 1.2.4.4.

²⁰³ Risoluzione del Parlamento europeo del 12 giugno 1997 (in *G.U.C.E.* 30.6.1997, n. C 2000, p. 174 ss.) relativa alle perduranti violazioni dei diritti dell'uomo in Birmania.

²⁰⁴ V. *supra* capitolo 2, par. 2.1.2.2.

del Parlamento europeo di avere un ruolo significativo in materia di relazioni esterne della Comunità, ruolo contrastato dalle altre istituzioni comunitarie.

Tuttavia la controversia sulla legge del Massachusetts non ha avuto una soluzione all'interno dell'Organizzazione mondiale del commercio. Infatti, la Comunità europea, insieme al Giappone²⁰⁵, dopo aver richiesto la costituzione di un *panel*²⁰⁶, ha chiesto la sospensione dei lavori²⁰⁷, perché il Procuratore generale degli Stati Uniti aveva ottenuto, avanti la Corte Federale, l'abrogazione della legge dello Stato del Massachusetts in quanto contraria alle obbligazioni derivanti dall'Accordo sugli appalti pubblici²⁰⁸.

Peraltro, il caso offre alcuni interessanti spunti di riflessione.

Non vi è dubbio che il principio della tutela dei valori fondamentali nel diritto internazionale debba essere difeso e, fortunatamente, trovi sempre maggiore affermazione²⁰⁹.

²⁰⁵ V. documento WT/DS88/2, del 2 luglio 1997, relativo alla domanda di partecipazione alle consultazioni da parte del Giappone.

²⁰⁶ V. documento WT/DS88/3, del 9 settembre 1998 per la richiesta di costituzione e documento WT/DS88/4, dell'11 gennaio 1999, in merito all'effettiva costituzione del *panel*.

²⁰⁷ V. documento WT/DS88/5, del 12 febbraio 1999 per la richiesta di sospensione e documento WT/DS88/6, dell'14 febbraio 2000, in merito alla scadenza del termine per la riassunzione dei lavori del *panel*, secondo l'art. 12, par. 12, dell'Intesa sulla composizione delle controversie.

²⁰⁸ La legge federale degli Stati Uniti di attuazione degli Accordi dell'Uruguay Round, alla sezione 102 (c), impedisce l'applicazione diretta degli Accordi OMC davanti qualsiasi giurisdizione, ma attribuisce al Procuratore Generale il diritto di adire la Corte federale in relazione ad eventuali violazioni degli Accordi stessi.

²⁰⁹ V. IOVANE, *La tutela dei valori fondamentali nel diritto internazionale*, Napoli, 2000; VIVIANI, *Coordinamento fra valori fondamentali internazionali e statali: la tutela dei diritti umani e la clausola di ordine pubblico*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2000, p. 847 ss.; PETERSMANN, *Human Rights and International Economic Law in the 21st Century. The Need to Clarify their Interrelationship*, in *Journal of International*

Inoltre, sia nell'Accordo sugli appalti pubblici²¹⁰, sia nel diritto comunitario è prevista una clausola di salvaguardia attraverso la quale gli Stati possono legittimamente inserire nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disposizioni orientate all'affermazione dei principi internazionali in materia di diritti umani ad esempio escludendo operatori economici che utilizzano il lavoro minorile.

Tuttavia, la legge dello Stato del Massachusetts, pur ispirata a sanzionare la mancata protezione dei diritti dell'uomo in Birmania, desta alcune perplessità proprio in relazione all'applicazione del principio della tutela dei valori fondamentali. Sicuramente attraverso una clausola di salvaguardia potrebbero essere legittimamente escluse dalla partecipazione

Economic Law, 2001, p. 3 ss.; LIM, *Trade and Human Rights. What's at Issue?*, in *Journal of World Trade*, 2001, p. 275 ss.; CLEVELAND, *Human Rights Sanctions and the World Trade Organization*, in FRANCIONI, *Environment, Human Rights and International Trade*, Oxford, 2001, p. 199 ss.; CANNIZZARO, *The Scope of the EU Foreign Power. Is the EC Competent to Conclude Agreements with Third States Including Human Rights Clauses?*, in CANNIZZARO, *The EU as an Actor of International Relations*, Atti del Convegno di Macerata 5-7 aprile 2001, in corso di pubblicazione.

²¹⁰ L'Articolo XXIII, «Exceptions à l'accord» prevede: «1. Aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme empêchant une Partie quelconque de prendre des mesures ou de ne pas divulguer des renseignements si elle l'estime nécessaire à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité, se rapportant aux marchés d'armes, de munitions ou de matériel de guerre, ou aux marchés indispensables à la sécurité nationale ou aux fins de la défense nationale. 2. Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer, soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifié entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent accord ne sera interprété comme empêchant une Partie quelconque d'instituer ou d'appliquer des mesures: nécessaires à la protection de la moralité publique, de l'ordre public ou de la sécurité publique, à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, ou à la protection de la propriété intellectuelle; ou se rapportant à des articles fabriqués ou des services fournis par des personnes handicapées, ou dans des institutions philanthropiques, ou dans les prisons».

agli appalti pubblici nazionali le imprese che esercitino attività commerciali con paesi che non rispettano i diritti fondamentali tutelati dal diritto internazionale. Diversamente imporre una penalità del 10% sulle offerte delle imprese che esercitano attività commerciali con la Birmania implica che, in mancanza di offerte migliori, queste imprese possano risultare aggiudicatrici di un contratto d'appalto pubblico²¹¹. In questo modo il principio della tutela dei valori fondamentali dell'ordinamento internazionale viene ad essere solo apparentemente richiamato per essere utilizzato in funzione della realizzazione dell'interesse a che un certo appalto pubblico venga aggiudicato.

²¹¹ Sottolinea invece l'importanza di utilizzare vari tipi di sanzioni a tutela dei diritti fondamentali CLEVELAND, *Human Rights Sanctions and the World Trade Organization*, in FRANCONI, *Environment, Human Rights and International Trade*, Oxford, 2001, p. 199 ss., in particolare p. 222 ss.

GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA
E DEL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO
DELLE COMUNITÀ EUROPEE

Sentenza della Corte di Giustizia 5 febbraio 1963, *N.V. Algemene Transport of Expeditie Onderneming Van Gend & Loos contro Amministrazione olandese delle imposte*, causa C 26/62, in *Raccolta*, 1963, p. 3 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 31 marzo 1971, causa C 22/70, *Commissione c. Consiglio (accordo europeo sui trasporti internazionali su strada - A.E.T.S.)*, in *Raccolta*, 1971, p. 263 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 12 dicembre 1972, *International Fruit Company NV e altri contro Produktschap voor Groenten en Fruit*, causa C 21, 24/72, in *Raccolta*, 1972, p. 1219 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 24 ottobre 1973, *Carl Schlüter contro Hauptzollamt Lörrach*, causa C 9/73, in *Raccolta*, 1973, p. 1135 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 30 aprile 1974, causa C 181/73, *R. & V. Haegeman contro Belgio*, in *Raccolta*, 1974, p. 229 ss.

Parere della Corte di Giustizia 11 novembre 1975, parere 1/75, in *Raccolta*, 1975, p. 1355 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 5 febbraio 1976, causa C 87/75, *Conceria Daniele Bresciani contro Amministrazione Italiana delle Finanze*, in *Raccolta*, 1976, p. 129 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 14 luglio 1976, cause C 3, 4 e 6/76, *procedimento penale a carico di Cornelis Kramer*, in *Raccolta*, 1976, p. 1279 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 22 settembre 1976, causa C 10/76, *Commissione contro Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1976, p. 1359 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 15 dicembre 1976, causa C 41/76, *Suzanne Donckerwolke e Henri Schou c. Procuratore della Repubblica*, in *Raccolta*, 1976, p. 1921 ss.

Parere della Corte di Giustizia 26 aprile 1977, parere 1/76, in *Raccolta*, 1977, p. 714 ss.

Deliberazione della Corte di Giustizia 14 novembre 1978, causa C⁶1/78, secondo l'art. 103, terzo capoverso, del Trattato CEEA, *Progetto di convenzione dell'Agenzia internazionale per l'energia atomica relativa alla protezione, all'installazione e al trasporto di materiali nucleari*, in *Raccolta*, 1978, p. 2151 ss.

Parere della Corte di Giustizia 4 ottobre 1979, parere 1/78, in *Raccolta*, 1979, p. 2871 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 17 febbraio 1981, causa C 133/80, *Commissione contro Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1981, p. 457 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 10 febbraio 1982, causa C 76/81, *SA Transporoute et travaux contro Ministero dei lavori pubblici*, in *Raccolta*, 1982, p. 417 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 26 ottobre 1982, causa C 104/81, *Hauptzollamt Mainz contro C.A. Kupferberg & Cie KG a.A.*, in *Raccolta*, 1982, p. 3641 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 16 marzo 1983, causa C 266/81, *Società Italiana per l'Oleodotto Transalpino (SIOT) contro Ministero delle finanze, Ministero della marina mercantile, Porto di Trieste*, in *Raccolta*, 1983, p. 731 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 16 marzo 1983, cause riunite C 267-269/81, *Amministrazione delle Finanze contro Società petrolifera italiana SpA (SPI) e SpA Michelin italiana (SAMI)*, in *Raccolta*, 1983, p. 801 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 25 marzo 1985, causa C 274/83, *Commissione contro Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1985, p. 1077 ss.

Ordinanza della Corte di Giustizia 16 febbraio 1987, causa C 45/87 R, *Commissione contro Irlanda*, in *Raccolta*, 1987, p. 783 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 10 marzo 1987, causa C 199/85, *Commissione contro Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1987, p. 1039 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 9 luglio 1987, causa C 27-29/86, *Construction et Entreprises Industrielles e altri contro Société Co-operative "Association Intercommunale pour les Autoroutes des Ardennes" e altri*, in *Raccolta*, 1987, p. 3347 ss.

Ordinanza della Corte di Giustizia 20 luglio 1988, causa C 194/88 R, *Commissione contro Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1988, p. 4547 ss.

Ordinanza della Corte di Giustizia 13 settembre 1988, causa C 194/88 R, *Commissione contro Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1988, p. 4559 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 20 settembre 1988, causa C 31/87, *Gebroeders Beentjes BV contro Stato dei Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 1988, p. 4635 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 22 settembre 1988, causa C 45/87, *Commissione contro Irlanda (Dundalk)*, in *Raccolta*, 1988, p. 4929 ss.

Ordinanza della Corte di Giustizia 27 settembre 1988, causa C 194/88 R, *Commissione contro Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1988, p. 5647 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 22 giugno 1989, causa C 70/87, *Fediol contro Commissione*, in *Raccolta*, 1989, p. 1781 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 22 giugno 1989, causa C 103/88, *Fratelli Costanzo Spa contro Comune di Milano*, in *Raccolta*, 1989, p. 1839 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 5 dicembre 1989, causa C 3/88, *Commissione contro Repubblica italiana (Re Data Processing)*, in *Raccolta*, 1989, p. 4035 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 20 marzo 1990, causa C 21/88, *Du Pont de Nemours contro USL n. 2 di Carrara*, in *Raccolta*, 1990, p. 889 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 7 maggio 1991, causa C 69/89, *Nakajima All Precision Co. Ltd contro Consiglio*, in *Raccolta*, 1991, p. I-2069 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 18 giugno 1991, causa C 295/89, *Donà Alfonso snc contro Consorzio per lo sviluppo industriale del Comune di Monfalcone*, in *Raccolta*, 1991, p. 2967 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 11 luglio 1991, causa C 351/88, *Laboratori Bruneau Srl contro USL RM/24 di Monterotondo (Roma)*, in *Raccolta*, 1991, p. 3641 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 11 luglio 1991, causa C 247/89, *Commissione contro Repubblica Portoghese*, in *Raccolta*, 1991, p. 3659 ss.

Ordinanza della Corte di Giustizia 31 gennaio 1992, causa C 272/91 R, *Commissione contro Repubblica italiana (Lotto)*, in *Raccolta*, 1992, p. 771 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 18 marzo 1992, causa C 24/91, *Commissione contro Regno di Spagna*, in *Raccolta*, 1992, p. I-1989 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 31 marzo 1992, causa C 362/90, *Commissione contro Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1992, p. I-2353 ss.

Parere della Corte di Giustizia 10 aprile 1992, parere 1/92, in *Raccolta*, 1992, p. I-2821 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 3 giugno 1992, causa C 360/89, *Commissione contro Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1992, p. I-3401 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 7 luglio 1992, causa C 295/90, *Parlamento contro Consiglio*, in *Raccolta*, 1992, p. I-5299 ss.

Parere della Corte di Giustizia 19 marzo 1993, parere 2/91, in *Raccolta*, 1993, p. I-1061 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 22 giugno 1993, causa C 243/89, *Commissione contro Regno di Danimarca (Storebaelt)*, in *Raccolta*, 1993, p. I-3353 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 2 agosto 1993, causa C 107/92, *Commissione contro Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1993, p. I-4655 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 17 novembre 1993, causa C 71/92, *Commissione contro Regno di Spagna*, in *Raccolta*, 1993, p. I-5923 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 2 marzo 1994, causa C 316/91, *Parlamento c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1994, p. I-625 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 9 agosto 1994, causa C 327/91, *Francia contro Commissione*, in *Raccolta*, 1994, p. I-3641 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 5 ottobre 1994, causa C 280/93, *Germania c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1994, p. I-4973 ss.

Parere della Corte di Giustizia 15 novembre 1994, parere 1/94, in *Raccolta*, 1994, p. I-5267 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 24 gennaio 1995, causa C 79/94, *Commissione contro Paesi Bassi*, in *Raccolta*, 1995, p. I-157 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 4 maggio 1995, causa C 79/94, *Commissione contro Repubblica ellenica*, in *Raccolta*, 1995, p. I-1071 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 18 maggio 1995, causa C 57/94, *Commissione contro Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1995, p. I-1249 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 11 agosto 1995, causa C 433/93, *Commissione contro Repubblica tedesca*, in *Raccolta*, 1995, p. I-2303 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 26 ottobre 1995, causa C 143/94, *Furlanis costruzioni generali SpA contro Azienda nazionale autonoma stradale (ANAS)*, in *Raccolta*, 1995, p. I-3633 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 9 novembre 1995, causa C 466/93, *Atlanta*, in *Raccolta*, 1995, p. I-3761 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 9 novembre 1995, causa C 465/93, *Atlanta*, in *Raccolta*, 1995, p. I-3799 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 12 dicembre 1995, causa C 469/93, *Amministrazione delle finanze dello Stato contro Chiquita Italia SpA*, in *Raccolta*, 1995, p. I-4533 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 7 marzo 1996, causa C 360/93, *Parlamento europeo contro Consiglio*, in *Raccolta*, 1996, p. I-1195 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 26 marzo 1996, causa C 392/93, *The Queen contro H.M. Treasury, ex parte British Telecommunications plc*, in *Raccolta*, 1996, p. I-1631 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 19 marzo 1996, causa C 25/96, *Commissione c. Consiglio*, in *Raccolta*, 1996, p. I-1469 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 28 marzo 1996, causa C 318/94, *Commissione contro Germania*, in *Raccolta*, 1996, p. I-1949 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 19 settembre 1996, causa C 236/95, *Commissione contro Repubblica Greca*, in *Raccolta*, 1996, p. I-4495 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 26 novembre 1996, causa C 68/95, *T. Port GmbH & Co. KG contro Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung*, in *Raccolta*, 1996, p. I-6065 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 29 maggio 1997, causa C 311/96, *Commissione contro Repubblica francese*, in *Raccolta*, 1997, p. I-2939 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 29 maggio 1997, causa C 312/96, *Commissione contro Repubblica francese*, in *Raccolta*, 1997, p. I-2947 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 17 luglio 1997, causa C 43/97, *Commissione contro Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1997, p. I-4671 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 17 settembre 1997, causa C 54/96, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH contro Bundesbaugesellschaft mbH*, in *Raccolta*, 1997, p. I-4961 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 16 ottobre 1997, causa C 304/96, *Hera spa contro Unità Sanitaria Locale n.3 genovese (USL) e a.*, in *Raccolta*, 1997, p. I-5685 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 18 dicembre 1997, causa C 5/97, *Ballast Nedam Groep NV contro Stato belga*, in *Raccolta*, 1997, p. I-7549 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 15 gennaio 1998, causa C 44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e a. contro Strobal Rotationsdruck GesmbH*, in *Raccolta*, 1998, p. I-73 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 10 marzo 1998, causa C 122/95, *Germania contro Consiglio*, in *Raccolta*, 1998, p. I-973 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 10 marzo 1998, causa C 364/95, *T.Port GmbH contro Hauptzollamt Hamburg, Jonas*, in *Raccolta*, 1998, p. I-1023 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 16 giugno 1998, causa C 53/96, *Hermès International (società in accomandita per azioni) contro FHT Marketing Choicen BV*, in *Raccolta*, 1998, p. I-3603 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 17 settembre 1998, causa C 323/96, *Commissione contro Belgio*, in *Raccolta*, 1998, p. I-5063 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 24 settembre 1998, causa C 76/97, *Walter Tögel contro Niederösterreichische Gebietskrankenkasse*, in *Raccolta*, 1998, p. I-5357 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 24 settembre 1998, causa C 111/97, *EvoBus Austria GesmbH contro Niederösterreichische Verkebrsorganisations GesmbH (Növog)*, in *Raccolta*, 1998, p. I-5411 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 10 novembre 1998, causa C 360/96,

Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden e BFI Holding BV., in *Raccolta*, 1998, p. I-6821 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 12 novembre 1998, causa C 352/96, *Italia contro Consiglio*, in *Raccolta*, 1998, p. I-6937 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 17 dicembre 1998, causa C 306/97, *Connemara Machine Turf Co. Ltd e Coillte Teoranta*, in *Raccolta*, 1998, p. I-8761 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 17 dicembre 1998, causa C 353/96, *Commissione contro Irlanda*, in *Raccolta*, 1998, p. I-8565 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 2 aprile 1999, causa C 103/97, *Josef Köllensperger*, in *Raccolta*, 1999, p. I-551 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 3 aprile 1999, causa C 258/97, *Hospital Ingenieure KrankenhaustechnikPlanungs-Gesellschaft*, in *Raccolta*, 1999, p. I-1405 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 19 maggio 1999, causa C 225/97, *Commissione contro Repubblica francese*, in *Raccolta*, 1999, p. I-3011 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 16 settembre 1999, causa C 27/98, *Metalmeccanica Fracasso SpA, Leitschutz Handels- und Montage GmbH e Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten*, in *Raccolta*, 1999, p. I-5697 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 28 ottobre 1999, causa C 328/96, *Commissione contro Repubblica d'Austria*, in *Raccolta*, 1999, p. I-7479 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 28 ottobre 1999, causa C 81/98, *Alcatel Austria AG e a., Siemens AG Österreich, Sag-Schrack Anlagentechnik AG e Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr*, in *Raccolta*, 1999, p. I-7671 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 18 novembre 1999, causa C 107/98, *Teckal Srl e Comune di viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, in *Raccolta*, 1999, p. I-8121 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 18 novembre 1999, causa C 275/98, *Unitron Scandinavia A/S, 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab e Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri*, in *Raccolta*, 1999, p. I-8291 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 23 novembre 1999, causa C149/96, *Repubblica Portoghese contro Consiglio*, in *Raccolta*, 1999, p. I-8395 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 2 dicembre 1999, causa C 176/98, *Holst Italia SpA e Comune di Cagliari*, in *Raccolta*, 1999, p. I-8607 ss.

Sentenza del Tribunale 6 luglio 2000, causa T-139/99, *Alsace International car Services (AICS) contro Parlamento*, non ancora pubblicata.

Sentenza della Corte di Giustizia 26 settembre 2000, causa C 225/98, *Commissione contro Repubblica francese*, in *Raccolta*, 2000, p. I-7445 ss.

Sentenza della Corte di Giustizia 3 ottobre 2000, causa C 380/98, *The Queen e H. M. Treasury, ex parte: The University of Cambridge*, non ancora pubblicata.

Sentenza della Corte di Giustizia 5 ottobre 2000, causa C 16/98, *Commissione contro Repubblica francese*, non ancora pubblicata.

Sentenza della Corte di Giustizia 7 dicembre 2000, causa C 94/99, *ARGE Gewässerschutz e Bundesministerium für Land-und Forstwirtschaft*, non ancora pubblicata.

Sentenza della Corte di Giustizia 7 dicembre 2000, causa C 324/98, *Teleustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH e Telekom Austria AG, già Post & Telekom Austria AG*, non ancora pubblicata.

Sentenza della Corte di Giustizia 14 dicembre 2000, causa C 392/98, *Parfums Christian Dior SA, causa C-300/98, e Assco Gerüste GmbH, Rob Van Dijk*, non ancora pubblicata.

Sentenza della Corte di Giustizia 1 febbraio 2001, causa C 237/99, *Commissione contro Repubblica francese*, non ancora pubblicata.

Sentenza della Corte di Giustizia 8 marzo 2001, causa C 97/00, *Commissione contro Repubblica francese*, non ancora pubblicata.

Sentenza del Tribunale 20 marzo 2001, causa T 18/99, *Cordis Obst und Gemüse Großhandel GmbH contro Commissione*, non ancora pubblicata.

Sentenza del Tribunale 20 marzo 2001, causa T 30/99, *Bocchi Food Trade International GmbH contro Commissione*, non ancora pubblicata.

Sentenza del Tribunale 20 marzo 2001, causa T 52/99, *T. Port GmbH & Co.KG contro Commissione*, non ancora pubblicata.

Sentenza della Corte di Giustizia 10 maggio 2001, causa C 223/99, *Agorà Srl e Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*, non ancora pubblicata.

Sentenza del Tribunale 12 luglio 2001, causa T 2/99, *T. Port GmbH & Co.KG contro Consiglio*, non ancora pubblicata.

Sentenza del Tribunale 12 luglio 2001, causa T 3/99, *Banatrading GmbH contro Consiglio*, non ancora pubblicata.

Sentenza della Corte di Giustizia 18 ottobre 2001, C 19/00, *SIAC Construction Ltd e County Council of the County of Mayo*, non ancora pubblicata.

Sentenza della Corte di Giustizia 27 novembre 2001, C 285/99 e 286/99, *Impresa Lombardini SpA - Impresa Generale di Costruzioni e ANAS - Ente nazionale per le strade, Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA (C-285/99), e tra Impresa Ing. Mantovani SpA e ANAS - Ente nazionale per le strade, Ditta Paolo Bregoli (C-286/99)*, non ancora pubblicata.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Les marchés publics européens (droit communautaire, droit comparé)*, Paris, 1989
- ADAM, *Le relazioni esterne*, in MONACO, PENNACCHINI, FERRARI BRAVO, *Manuale di diritto comunitario*, vol. I, Torino, 1983, p. 407 ss.
- ADINOLFI, *L'Organizzazione mondiale del commercio. Profili istituzionali e normativi*, Padova, 2001
- ALVAREZ, *Do Liberal States Behave Better? A critique of Slaughter's Liberal Theory*, in *European Journal of International Law*, 2001, p. 183 ss.
- APPELLA, *Constitutional Aspects of Opinion 1/94 of the ECJ Concerning the Wto Agreement*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, p. 440 ss.
- ARNOULD, *A Turning Point in the Use of Additional Award Criteria? The Judgement of the European Court in the French Lyceées case*, in *Public Procurement Law Review*, 2001, p. NA13 ss.
- ARNULL, *The Scope of the Common Commercial Policy: A Coda on Opinion 1/94*, in EMILIOU, O'KEEFFE, *The European Union and World Trade Law. After the GATT Uruguay Round*, Chichester, 1996, p. 343 ss.
- ARROWSMITH, *Remedies for Enforcing the Public Procurement Rules*, Winterringham, 1993
- ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, London, 1996
- ARROWSMITH, *Further Prospects for the European Community's Regime on Public Procurement*, in GORMLEY, *Gordian Knots in European Public Procurement Law*, Colonia, 1997, p. 83 ss.
- ARROWSMITH, *The Way Forward or a Wrong Turning? An Assessment of European Community Policy on Public Procurement in the Light of the Commission's Green Paper*, in *European Public Law*, 1997, p. 389 ss.
- ARROWSMITH, DAVIES, *Public Procurement: Global Revolution*, London, 1998
- ARROWSMITH, *National and International Perspectives on the Regulation of Public Procurement: Harmony or Conflict?*, in ARROWSMITH, DAVIES, *Public Procurement: Global Revolution*, London, 1998, p. 3 ss.
- ARROWSMITH, *Legal Techniques for Implementing Directives: A Case Study of Public Procurement*, in CRAIG, HARLOW, *Law Making in the European Union*, London, 1998, p. 491 ss.
- ARROWSMITH, *Towards a Multilateral Agreement on Transparency in Government Procurement*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1998, p. 793 ss.

- ARROWSMITH, *The Community's Legal Framework on Public Procurement: "The Way Forward" at Last?*, in *Common Market Law Review*, 1999, p. 13 ss.
- ARROWSMITH, *Public Private Partnerships and the European Procurement Rules: EU Policies in Conflict?*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 709 ss.
- ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport d'information sur la réforme de l'Organisation mondiale du commerce et son lien avec l'architecture des Nations Unies*, Paris, 2000
- BADCOE, *Best Value – An Overview of the United Kingdom's Government's Policy for the Provision and Procurement of Local Authority Services*, in *Public Procurement Law Review*, 2001, p. 63 ss.
- BALDWIN, *Non Tariff Distortions of International Trade*, Washington, 1970
- BALDWIN, *Beyond the Tokyo Round Negotiations*, London, 1979
- BALDWIN, RICHARDSON, *Government Purchasing Policies, Other NTBs, and the International Monetary Crisis*, in ENGLISH, HAY, *Obstacles to Trade in the Pacific Area*, Ottawa, 1972
- BARATTA, *Overlaps between European Community Competence and European Union Foreign Policy Activity*, in CANNIZZARO, *The EU as an Actor of International Relations*, Atti del Convegno di Macerata 5-7 aprile 2001, in corso di pubblicazione
- BARDUSCO, *Regioni, direttive comunitarie e legislazione statale sui pubblici appalti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1979, I, p. 1158 ss.
- BARONCINI, *The WTO Dispute Settlement Understanding as a promoter of transparent, rule-oriented, mutually agreed solutions - A study on the value of DSU Consultations and their Positive Conclusion*, in MENGOLZI, *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, 1999, p. 303 ss.
- BARONE, *Gli appalti pubblici*, in TIZZANO, *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Tomo I, Torino, 2000, p. 567 ss.
- BARTHE, *Economie de l'Union Européenne*, Paris, 2000
- BAZEX, HENRY, *Marchés publics et droit communautaire: droit commun ou mesures spécifiques?*, in *Droit et pratique du commerce international*, 1996, p. 155 ss.
- BEAUMONT, *Study into the Feasibility of Developing a Standard/Specification for a Unified System for Qualification of Utilities*, Commissione CE, Luxemburg, febbraio 1999
- BEER, *Les dispositions de droit européen directement applicable*, in *Chaiers de droit européen*, 1970, p. 3 ss.
- BEER, *Agreements concluded by the Community and their Possible Direct Effect: From International Fruit Company to Kupferberg*, in *Common Market Law Review*, 1983, p. 35 ss.
- BENEYTO, *The EU and the WTO. Direct Effect of the New Dispute Settlement System?*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1996, p. 295 ss.

- BENTLEY, *A Re-Assessment of Article XX, Paragraphs (b) and (g) of GATT 1994 in the Light of Growing Consumer and Environmental Concern about Biotechnology*, in *Fordham International Law Journal*, 2000, p. 107 ss.
- BERLIN, *La directive C.E.E. "secteurs exclus"*, in *L'actualité juridique*, 1991, p. 13 ss.
- BERRAMDANE, *L'application de la coutume internationale dans l'ordre juridique communautaire*. CJCE, aff C-162/96, A.Racke GmbH & Co, 16 juin 1998, Rec., pp. I-3688-3709, in *Cahiers de Droit Européen*, 2000, p. 253 ss.
- BERROD, *La Cour de justice refuse l'invocabilité des accords OMC: essai de régulation de la mondialisation. A propos de l'arrêt de la Cour de justice du 23 novembre 1999, Portugal c/ Conseil (accords textiles avec le Pakistan et l'Inde, aff. C-149/96, Rec. P. I-8395)*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2000, p. 419 ss.
- BESTAGNO, *Le clausole di salvaguardia economica nel diritto internazionale*, Milano, 1998
- BEVIGLIA ZAMPETTI, *The Uruguay Round Agreement on Subsidies. A Forward-Looking Assessment*, in *Journal of World Trade*, 1995, n. 6, p. 5 ss.
- BEVIGLIA ZAMPETTI, *Dall'Accordo generale sulle Tariffe ed il Commercio all'Organizzazione Mondiale del Commercio*, in GIARDINA, TOSATO, *Diritto del commercio internazionale*, Milano, 1996, p. 3 ss.
- BHAGWATI, HUDEC, *Fair Trade and Harmonisation*, Boston, 1996
- BLANK, MARCEAU, *The History of Government Procurement Negotiations Since 1945*, in *Public Procurement Law Review*, 1996, p. 77 ss.
- BLANK, MARCEAU, *A History of Multilateral Negotiations on Procurement: From ITO to WTO*, in HOEKMAN, MAVROIDIS, *Law and Policy in Public Purchasing. The WTO Agreement on Government Procurement*, Ann Arbor (Michigan), 1997, p. 31 ss.
- BLOKKER, SCHERMERS, *Proliferation of International Organizations. Legal Issues*, London, 2001
- BONCOMPAGNI, *Le principali caratteristiche delle direttive comunitarie e gli strumenti di controllo*, in AA.VV., *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano*, Milano, 1990, p. 24 ss.
- BOSCO, *Commento all'Atto unico europeo*, Milano, 1987
- BOSELLI, *La politica commerciale comune*, in PENNACCHINI, MONACO, FERRARI BRAVO, *Manuale di diritto comunitario*, vol. II, Torino, 1983, p. 574 ss.
- BOURGEOIS, *The Tokyo Round Agreements on Technical Barriers and on Government Procurement in International and EEC Perspective*, in *Common Market Law Review*, 1982, p. 5 ss.
- BOURGEOIS, *Effects of International Agreement in European Community Law: are the Dice Cast?*, in *Michigan Law Review*, 1984, p. 1250 ss.
- BOURGEOIS, *The EC in the WTO and Advisory Opinion 1/94: An Echternach Procession*, in *Common Market Law Review*, 1995, p. 763 ss.

- BOUGEOIS, BERROD, GIPPINI FOURNIER, *The Uruguay Round Results. A European Lawyer's Perspective*, Brussels, 1995
- BOVIS, *Extra-territorial effects in the Applications of EC Legislation on Public Procurement*, in *Legal Issues of European Integration*, 1993, p. 83 ss.
- BOVIS, *Public Procurement within the Framework of EC Common Commercial Policy*, in *Public Procurement Law Review*, 1993, p. 177 ss.
- BOVIS, *The European Public Procurement Rules and their Interplay with International trade*, in *Journal of World Trade*, 1997, n. 3, p. 63 ss.
- BOVIS, *The Liberalisation of Public Procurement and its Effects on the Common Market*, Aldershot-Hants, 1998
- BOYLE, *Critique of the Commission's Proposal for a New Directive on the Co-ordination of Procedures for Public Contracts COM (2000) 275 final, as updated by the discussions in the Working Group*, in *Public Procurement Law Review*, NA65 ss.
- BRABANT, *Les marchés publics et privé dans la C.E.E. et outre-mer*, Brussels, 1992
- BRANCO, *Favoring Domestic Firms in Procurement Contracts*, in *Journal of International Economics*, 1994, p. 65 ss.
- BRAUN, *Selection of Bidders and Contract Award Criteria: The Compatibility of Practice in PFI Procurement with European Law*, in *Public Procurement Law Review*, 2001, p. 10 ss.
- BRECHON MOULENES, *L'echec des directives Travaux et Fournitures de 1971 et 1976*, in *Revue française de droit administratif*, 1988, p. 753 ss.
- BRETON, SALMON, *Are Discriminatory Procurement Policies Motivated by Protectionism?*, in *Kyklos*, 1995, p. 47 ss.
- BRONCKERS, *The position of privatized utilities under WTO and EC procurement rules*, in *Legal Issues of European Integration*, 1996, p. 145 ss.
- BRONCKERS, *Privatized Utilities under the WTO and EU Procurement Rules*, in HOEKMAN, MAVROIDIS, *Law and Policy in Public Purchasing. The WTO Agreement on Government Procurement*, Ann Arbor (Michigan), 1997, p. 243 ss.
- BROWN, *The Extension of the Community Public Procurement Rules to Utilities*, in *Common Market Law Review*, 1993, p. 721 ss.
- BROWN, *A Note on Case C-225/98, Commission v. France*, in *Public Procurement Law Review*, 2001, NA9 ss.
- BROWN, *The Impact of Directive 93/38 on Purchasing by Electricity Utilities: The Commission's Decision in Pirelli/BICC*, in *Public Procurement Law Review*, 2001, p. NA47 ss.
- CAMERON, *Dispute Resolution in the WTO*, in HEERE, *International Law and The Hague's 750th Anniversary*, The Hague, 1999, p. 293 ss.
- CAMERON, GRAY, *Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2001, p. 249 ss.

- CAMPOLO, *Appalti di lavori pubblici e normativa comunitaria*, in *Rassegna dei lavori pubblici*, 1989, p. 57/1 ss.
- CANAL-FORGUES, *Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 2001, p. 5 ss.
- CANCRINI, *La privatizzazione del sistema della qualificazione e le SOA*, in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 2000, p. 459 ss.
- CANNIZZARO, *Sul controllo di legittimità degli atti comunitari contrastanti con il GATT*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1996, p. 118 ss.
- CANNIZZARO, *The Scope of the EU Foreign Power. Is the EC Competent to Conclude Agreements with Third States Including Human Rights Clauses?*, in CANNIZZARO, *The EU as an Actor of International Relations*, Atti del Convegno di Macerata 5-7 aprile 2001, in corso di pubblicazione
- CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, Milano, 1983
- CAPELLI, *Note critique à la méthode suivie par la Commission de la CE pour étendre la réglementation communautaire des marchés publics aux secteurs jusque-là exclus*, in SCHWARZE, *Legislation for Europe 1992*, Baden-Baden, 1989, p. 31 ss.
- CARBONE, *Organi comunitari, controllo di legittimità e soggetti privati*, Padova 1973
- CARBONE, SORRENTINO, *Corte di giustizia o Corte federale delle Comunità europee*, in (AAVV), *Il Primato del diritto comunitario e i giudici italiani*, Milano, 1978, p. 97 ss.
- CARBONE, TARAMASSO, *La definizione delle controversie in tema di appalti pubblici comunitari: una breve sintesi*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 1997, p. 621 ss.
- CARREAU, JUILLARD, *Droit international économique*, IV ed., Paris, 1998
- CARRIER, *Sovereignty under the Agreement on Government Procurement*, in *Minnesota Journal of Global Trade*, 1997, vol. 6, n.1, p. 67 ss.
- CARVAJAL, *State and Local "Free Burma" Laws: the Case for Sub-National Trade Sanctions*, in *Law & Policy in International Business*, 1997/98, p. 205 ss.
- CASS, *The 'Constitutionalization' of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade*, in *European Journal of International Law*, 2001, p. 39 ss.
- CASSESE, *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, in *Rivista trimestrale diritto processuale civile*, 1992, p. 467 ss.
- CASSESE, *L'unione Europea come organizzazione pubblica composita*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2000, p. 987 ss.
- CASTILLO DE LA TORRE, *The Status of GATT in EC Law, Revisited*, in *Journal of World Trade*, 1995, n. 3, p. 53 ss.
- CECCHINI, *Il protezionismo governativo negli appalti pubblici. Un autogoal*, in *La sfida del 1992. Una grande scommessa per l'Europa*, Piacenza, 1988, p. 42 ss.

- CHARPENTIER, CLARKE, *Public Purchasing in the Common Market*, Commissione CE (report to the), Luxemburg, maggio 1975
- CHEN, *Directing Government Procurement as an Incentive of Production*, in *Journal of Economic Integration*, 1995, p. 130 ss.
- CHITI, GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997
- CHO, *GATT non-Violations Issues in the WTO Framework: Are They the 'Achilles Hell' of the Dispute Settlement Process?*, in *Harvard International Law Journal*, 1998, p. 311 ss.
- CHUA, *The Precedential Effect of the WTO Panel and Appellate Body Reports*, in *Leiden Journal of International Law*, 1998, p. 45 ss.
- CIRELLI, BENNETT, *E-Government and Best Value*, in *Public Procurement Law Review*, 2001, p. 92 ss.
- CLERC, *La mondialisation des marchés publics: bilan et perspectives de l'accord OMC sur les marchés publics*, in BATSELÉ, *Les marchés publics à l'aube du XXIe siècle. Actes de la journée d'études du 22 octobre 1999*, Brussels, 2000, p. 141 ss.
- CLEVELAND, *Human Rights Sanctions and the World Trade Organization*, in FRANCONI, *Environment, Human Rights and International Trade*, Oxford, 2001, p. 199 ss.
- CLEVELAND, *Norm Internalization and U.S. Economic Sanctions*, in *Yale Journal of International Law*, 2001, p. 1 ss.
- CLINE, KAWANABE, KRONSTO, WILLIAMS, *Trade Negotiations in the Tokyo Round. A quantitative Assessment*, Washington, 1978
- COCCIA, *Il sistema di soluzione delle controversie nel World Trade Organization*, in GIARDINA, TOSATO, *Diritto del commercio internazionale*, Milano, 1996, p. 89 ss.
- COCCIA, *Dal GATT 1947 al GATT 1994: considerazioni generali ed istituzionali*, in SOCIETÀ ITALIANA DI DIRITTO INTERNAZIONALE, *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Napoli, 1998, p. 81 ss.
- COLEMAN, MARGUE, *L'action de la Communauté visant le respect des règles communautaires en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux: problèmes et perspectives*, in *Revue du marché commun*, 1989, p. 546 ss.
- COMBA, *L'organizzazione giuridica del neo liberismo internazionale*, Milano, 1980
- COMBA, *Il neo liberismo internazionale: strutture giuridiche a dimensione mondiale*, Milano, 1987
- COMBA, *Il neo liberismo internazionale. Strutture giuridiche a dimensione mondiale dagli Accordi di Bretton Woods all'Organizzazione mondiale del commercio*, Milano, 1995
- COMBA, *The international Legal Discipline of Government Procurement Contracts*, in AA.VV., *New Trends in International Trade Law*, Torino, 2000, p. 119 ss.

- COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Trent'anni di diritto comunitario*, Luxemburg 1983
- COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Pubblici appalti in Giappone e relative procedure*, Luxemburg 1983
- CONDORELLI, *Il giudice italiano e i trattati internazionali. Gli accordi self-executing e non self-executing nell'ottica della giurisprudenza*, Padova, 1974
- CONFORTI, *Diritto internazionale*, V ed., Padova, 1999
- CONFORTI, *Le Nazioni Unite*, VI ed., Padova, 2000
- CONSTANTINESCO, *L'applicabilité directe dans le droit de la Cee*, Paris, 1970
- COPPEL, *Rights, Duties and the End of Marshall*, in *Michigan Law Review*, 1994, p. 859 ss.
- COTTIER, *GATT-Uruguay Round*, Berne, 1995
- COTTIER, MAVROIDIS, *State trading in the Twenty-First Century*, Ann Arbor (Michigan), 1998
- COX, *The Single Market Rules and the Enforcement Regime after 1992*, South Humberside, 1993
- CRAIG, *Directives: Direct Effect, Indirect Effect and the Construction of National Legislation*, in *European Law Review*, 1997, p. 519 ss.
- CRAIG, DE BÜRCA, *EU LAW. Text, Cases, and Materials*, II ed., Oxford, 1998
- CREMONA, *External Economic Relations and the Amsterdam Treaty*, in O'KEEFFE, TWOMEY, *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Oxford, 1999, p. 117 ss.
- CREMONA, *Flexible Models: External Policy and the European Economic Constitution*, in DE BÜRCA, SCOTT, *Constitutional Change in the EU: From Uniformity to Flexibility*, Oxford, 2000
- CREMONA, *Neutrality or Discrimination? The WTO, the EU and External Trade*, in DE BÜRCA, SCOTT, *The Constitutional Relationship Between the EU and the WTO*, Oxford, 2001
- CREMONA, *Rhetoric and Reticence: EU External Commercial Policy in a Multilateral Context*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 359 ss.
- CROOME, *Reshaping the World Trading System: A History of the Uruguay Round*, Ginevra, 1995
- CURTIN, *The Province of Government: Delimiting the Direct Effect of Directives in the Common Law Context*, in *European Law Review*, 1990, p. 195 ss.
- CURZON, *Multilateral Commercial Diplomacy: the GATT*, London, 1965
- DALBY, *Remedies for Infringement of the Government Procurement Agreement*, in TYRRELL, BEDFORD, *Public Procurement in Europe: Enforcement and Remedies*, London, 1997, p. 239 ss.
- DAM, *The GATT: Law and International Economic Organization*, Chicago, 1970
- DANIELE, *Novità in tema di efficacia diretta del diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1995, p. 219 ss.

- DANIELE, *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, Milano, 2001
- DASHWOOD, *External relations provisions of the Amsterdam Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 1019 ss.
- DAVIES, *The World Trade Organization Agreement on Government Procurement: Current Initiatives to Expand Membership*, in *European Competition Law Review*, 1997, p. 300 ss.
- DAVIES, *Remedies for Enforcing the WTO Agreement on Government Procurement from the Perspective of the European Community: a Critical View*, in *World Competition*, 1997, n. 4, p. 113 ss.
- DAVIES, *Tackling Private Anticompetitive Behaviour in Public Contract Awards under the WTO's Agreement on Government Procurement*, in *World Competition*, 1998, n. 5, p. 55 ss.
- DAVIES, *Electronic Public Procurement Initiatives within the European Community*, in *European Law Review*, 2000, p. 632 ss.
- DE BÚRCA, *Giving Effect to European Community Directives*, in *Michigan Law Review*, 1992, p. 215 ss.
- DE BÚRCA, SCOTT, *Constitutional Change in the EU: From Uniformity to Flexibility*, Oxford, 2000
- DE BÚRCA, SCOTT, *The Constitutional Relationship Between the EU and the WTO*, Oxford, 2001
- DE GRAAF, KING, *Towards a more Global Government Procurement Agreement Market: the Expansion of the GATT Government Procurement Agreement in the Context of the Uruguay Round*, in *International Lawyer*, 1995, p. 435 ss.
- DE GRAAF, TREPTE, *The Revised GATT Procurement Agreement*, in *Public Procurement Law Review*, 1994, p. CS 70 ss.
- DEARDORFF, STERN, *Methods of Measurement of Non-Tariff Barriers*, Geneva, 1985
- DEFFIGIER, *L'applicabilité directe des actes unilatéraux des organisations internationales et le juge judiciaire*, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 2001, p. 43 ss.
- DEKKER, WESSEL, *The European Union and the Concept of Flexibility: Proliferation of Legal Systems within International Organizations*, in BLOKKER, SCHERMERS, *Proliferation of International Organizations. Legal Issues*, London, 2001, p. 381 ss.
- DELSAUX, *Government Procurement in a Multilateral Context*, in DEMARET, BELLIS, *Regionalism and Multilateralism after the Uruguay Round*, Brussels, 1997, p. 397 ss.
- DELTAS, EVENETT, *Quantitative Estimates on the Effects of Preference Policies*, in HOEKMAN, MAVROIDIS, *Law and Policy in Public Purchasing. The WTO Agreement on Government Procurement*, Ann Arbor (Michigan), 1997, p. 73 ss.

- DEMARET, BELLIS, *Regionalism and Multilateralism after the Uruguay Round*, Brussels, 1997
- DENDAUW, *New WTO Agreement on Government Procurement: an Analysis of the Framework for Bid Challenge Procedures and the Question of Direct Effect*, in *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2000, p. 254 ss.
- DES NERVIENS, *Les relations extérieures*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1997, p. 801 ss.
- DIDIER, *Le Code sur les Marchés Publics du Cycle de l'Uruguay Round et sa transposition dans la Communauté*, in *Cahiers de droit européen*, 1996, p. 257 ss.
- DIDIER, *Les principaux accords de l'OMC et leur transposition dans la Communauté Européenne*, Brussels, 1997, parte IV, *L'Accord sur les marchés publics*, p. 318 ss.
- DIDIER, *The Uruguay Round Government Procurement Agreement: Implementation in the European Union*, in HOEKMAN, MAVROIDIS, *Law and Policy in Public Purchasing. The WTO Agreement on Government Procurement*, Ann Arbor (Michigan), 1997, p. 125 ss.
- DILLON, *The World Trade Organization: a New Legal Order for World Trade?*, in *Michigan Journal of International Law*, 1995, p. 403 ss.
- DINGEL, *Public Procurement. A Harmonization of the National Judicial Review of the Application of European Community Law*, London, 1999
- DISCHENDORFER, *The existence and Development of Multilateral Rules on Government Procurement under the Framework of the WTO*, in *Public Procurement Law Review*, 2000, p. 1 ss.
- DISTEFANO, *Certezze del diritto ed esecuzione delle decisioni OMC alla luce dei primi arbitrati*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2000, p. 579 ss.
- DORDI, *Gli accordi sul commercio dei servizi*, in VENTURINI, *L'Organizzazione mondiale del commercio*, Milano, 2000, p. 61 ss.
- DRIESEN, *What is Free Trade? The Real Issue Lurking behind the Trade and Environment Debate*, in *Virginia Journal of International Law*, 2000, p. 279 ss.
- DRIESSEN, *Nouveaux débouchés dans le cadre de la politique communautaire en matière de marchés publics: l'Accordo UE-Mexique sur les marchés publics*, in *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2000, p. 571 ss.
- DUMON, *La notion de disposition directement applicable en droit européen*, in *Cahiers de droit européen*, 1968, p. 369 ss.
- ECKHOUT, *The European Internal Market and International Trade: A Legal Analysis*, London, 1994, p. 20 ss.
- ECKHOUT, *The Domestic Legal Status of the WTO Agreement: Interconnecting Legal Systems*, in *Common Market Law Review*, 1997, p. 11 ss.
- EIKENBERG, *Article 296 (ex 223) E.C. and External Trade in Strategic Goods*, in *European Law Review*, 2000, p. 117 ss.

- ELBERS, URBAN, *The Order of the German Federal Constitutional Court of 7 June 2000 and the Kompetenz-Kompetenz in the European Judicial System*, in *European Public Law*, 2001, p. 21 ss.
- ELEFThERiADiS, *The Direct Effect of Community Law: Conceptual Issues*, in *Yearbook of European Law*, 1996, p. 205 ss.
- ELEFThERiADiS, *The European Constitution and Cosmopolitan Ideals*, in *Columbia Journal of European Law*, 2001, p. 21 ss.
- EMILIOU, O'KEEFFE, *The European Union and World Trade Law. After the GATT Uruguay Round*, Chichester, 1996
- EMILIOU, *The Death of Exclusive Competences*, in *European Law Review*, 1996, p. 294 ss.
- ESPÓSITO, *International Trade and National Legal Order: the Problem of Direct Applicability of the WTO Law*, in MENGOZZI, *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, 1999, p. 429 ss.
- FABOZZI, *L'attuazione dei trattati internazionali mediante ordine di esecuzione*, Milano, 1961
- FAISANDIER, *Directives relatives aux marchés publics. Proposition relative aux secteurs exclus: champ d'application*, in *Actes du colloque international, Quel droit en Europe? Quel droit pour l'Europe*, Paris, 1990, p. 121 ss.
- FAWCETT, *Trade and Finance in International Law*, in *Recueil des Cours*, 1968-I, p. 260 ss.
- FÉDÉRATION INTERNATIONALE POUR LE DROIT EUROPÉEN (FIDE), *L'application dans les Etats membres des directives sur les marchés publics*, Madrid, 1990
- FELICIANO, VAN DEN BOSSCHE, *The Dispute Settlement System of the World Trade Organization: Institutions, Process and Practice*, in BLOKKER, SCHERMERS, *Proliferation of International Organizations. Legal Issues*, London, 2001, p. 297 ss.
- FERNÁNDEZ MARTÍN, *The European Commission's Centralised Enforcement of Public Procurement*, in *Public Procurement Law Review*, 1993, n. 1, p. 40 ss.
- FERNANDEZ MARTIN, *The EC Public Procurement Rules: A Critical Analysis*, Oxford, 1996
- FERRARI BRAVO, MOAVERO MILANESI, *Lezioni di diritto comunitario*, III ed., Napoli, 2000
- FERRARI BRAVO, RIZZO, *Codice dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2000
- FIASCHETTI, *Technical Analysis of the Government Procurement Agreement*, in *Law & Policy in International Business*, 1979, vol. II, p. 1345 ss.
- FINGER, OLECHOWSKI, *The Uruguay Round. A Handbook on the Multilateral Trade Negotiations*, Washington, 1997
- FITZGERALD, *Massachusetts, Bruma, and the World Trade Organization: A Commentary on Blacklisting, Federalism, and Internet Advocacy in the Global Trading Era*, in *Cornell International Law Journal*, 2001, p. 1 ss.

- FLAMME, FLAMME, *La panoplie des directives "marchés public" se complète: les secteurs hier exclus (eau, énergie, transports et télécommunications) ne le seront plus demain (analyse de la directive 90/531 du 17 septembre 1990)*, in *Revue du marché commun*, 1990, p. 346 ss.
- FLAMME, FLAMME, *Le droit européen des commandes publiques après leur réglementation, voici les recours*, in *Journal des Tribunaux*, 1990, 317 ss.
- FLAMME, FLAMME, *Les marchés publics de services et la coordination de leurs procédures de passation (Directive 92/50 CEE du 18 juin 1992)*, in *Revue du Marché commun*, 1993, p. 150 ss.
- FLAMME, FLAMME, *La réglementation communautaire en matière de marchés publics. Le point sur le contentieux*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1993, n. 3, 13 ss.
- FLAMME, MATHEI, FLAMME, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, V ed., Brussels, 1986
- FLORY, *Le GATT: droit international et commerce mondial*, Paris, 1968
- FLORY, *La Communauté européenne et le GATT*, Rennes, 1995
- FLORY, *L'Organisation mondiale du commerce: droit institutionnel et substantiel*, Brussels, 1999
- FLORY, *Les marchés de fournitures et les accords GATT*, in *Revue du marché commun*, 1989, p. 654 ss.
- FOOTER, *Remedies under the new GATT Agreement on Government Procurement*, in *Public Procurement Law Review*, 1995, p. 80 ss.
- FOOTER, *Public Procurement and EC External Relations: a Legal Framework*, in EMILIOU, O'KEEFFE, *The European Union and World Trade Law. After the GATT Uruguay Round*, Chichester, 1996, p. 293 ss.
- FORTI, *Gli appalti pubblici in Europa. Guida pratica e normativa comunitaria e italiana*, Milano, 1994
- FRANCIONI, *Environment, Human Rights and International Trade*, Oxford, 2001
- FRANCOIS, MARTIN, *Multilateral Trade Rules and the Expected Cost of Protection*, CEPR Discussion Paper 1995, No. 1214
- FRANCOIS, McDONALD, *The Multilateral Agenda: The Uruguay Round Implementation and Beyond*, GATT Staff Working Paper, Ginevra, 1996
- FRANCOIS, NELSON, PALMETER, *Public Procurement in the United States: A Post-Uruguay Round Perspective*, in HOEKMAN, MAVROIDIS, *Law and Policy in Public Purchasing. The WTO Agreement on Government Procurement*, Ann Arbor (Michigan), 1997, p. 105 ss.
- FRIGNANI, *The GATT Agreement on Government Procurement*, in *Journal of World Trade Law*, 1996, p. 567 ss.
- FRIGO, *La reciprocità nell'evoluzione del diritto del commercio internazionale*, in *Comunicazioni e studi*, voll. XIX e XX, 1992, p. 407 ss.
- GAJA, *Sull'interpretazione degli accordi misti da parte della Corte di Giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1988, p. 601 ss.

- GAJA, *Il preambolo di una decisione del Consiglio preclude al «GATT 1994» gli effetti diretti nell'ordinamento comunitario?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1995, p. 407 ss.
- GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Bari, 1999
- GARDNER, *Politica economica e ordine internazionale*, Tr.it, Milano, 1978, p. 270 ss.
- GEDDES, *Public Procurement. A Practical Guide to the U.K. Regulations and Associated Community Rules*, London, 1993
- GIARDINA, *Comunità europee e Stati terzi*, Napoli, 1964
- GIARDINA, *Il mercato interno alla luce dell'Atto unico*, in *Rivista del diritto europeo*, 1991, p. 203 ss.
- GILSDORF, *Porté et délimitation des compétences communautaires en matière de politique commerciale*, in *Revue du Marché Commun*, 1989, p. 195 ss.
- GIULIANO, *La cooperazione degli Stati e il diritto internazionale*, IV ed., Milano, 1978
- GIULIANO, SCOVAZZI, TREVES, *Diritto internazionale, Parte generale*, Milano, 1991
- GOLT, *The GATT Negotiations 1973-1979: the Closing Stage*, London, 1978
- GOLT, *Trade Issues in the Mid 1980s*, London, 1982
- GOLUB, LEE FENSKE, *U.S. Government Procurement: Opportunities and Obstacles for Foreign Contractors*, in *George Washington Journal of International Law and Economics*, 1987, p. 567 ss.
- GORDON, RIMMER, ARROWSMITH, *The Economic Impact of the European Union Regime on Public Procurement: Lesson for the WTO*, in ARROWSMITH, DAVIES, *Public Procurement: Global Revolution*, London, 1998, p. 27 ss.
- GORMLEY, *Consolidation, Codification and Improving the Quality of Community Legislation. The Community Customs Code*, in EMILIOU, O'KEEFFE, *The European Union and World Trade Law. After the GATT Uruguay Round*, Chichester, 1996, p. 124 ss.
- GORMLEY, *The New System of Remedies in Procurement by the Utilities*, in *Public Procurement Law Review*, 1992, p. 259 ss.
- GORMLEY, *Gordian Knots in European Public Procurement Law*, Koln, 1997
- GOVAERE, *The Reception of the WTO Agreement in the European Union: The Legacy of GATT*, in DEMARET, BELLIS, *Regionalism and Multilateralism after the Uruguay Round*, Brussels, 1997, p. 703 ss.
- GRANÉ, *Remedies Under WTO Law*, in *Journal of International Economic Law*, 2001, p. 755 ss.
- GRECO, *L'Accordo GATT sulle forniture e il Memorandum d'intesa con gli U.S.A. su forniture, lavori e servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1994, p. 1427 ss.
- GREENWOLD, COX, *The Legal and Structural Obstacles to Free Trade in the United States Procurement Market*, in *Public Procurement Law Review*, 1993, p. 237 ss.

- GREWE, *Le «traité de paix» avec la Cour de Luxembourg: l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 7 juin 2000 relatif au règlement du marché de la banane*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2001, p. 1 ss.
- GROSSRIEDER TISSOT, *La responsabilité de la Communauté européenne du fait de l'activité normative de la Commission*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2001, p. 91 ss.
- GUILLERMIN, *L'Accord sur les marchés publics*, in *La Communauté européenne et le GATT: évaluation des accords du cycle d'Uruguay*, Rennes, 1995, p. 129 ss.
- GUISOLPHE, *Les règles communautaires dans les marchés publics de services: réalité ou utopie?*, in *Chaires juridiques et fiscales de l'exportation*, 1993, p. 257 ss.
- GUTT, *Les accords de Bretton Woods et les institutions qui en sont issues*, in *Recueil des Cours*, 1948, I, p. 71 ss.
- HAAGSMA, *Gordian Knots in Relation to the GPA: myth or reality?*, in GORMLEY, *Gordian Knots in European Public Procurement Law*, Colonia, 1997, p. 11 ss.
- HAAGSMA, *Information and Communication Technology in International Public Procurement*, in ARROWSMITH, DAVIES, *Public Procurement: Global Revolution*, London, 1998, p. 161 ss.
- HAFBAUER, SHELTON ERB, STARR, *The GATT Codes and the Unconditional Most-Favored Nation Principle*, in *Law & Policy in International Business*, 1980, p. 59 ss.
- HAINAUT, JOLIET, *Les contrats de travaux et de fournitures de l'administration dans le marché commun*, vol. II, Brussels, 1963
- HARTLEY, *The Foundations of European Community Law*, IV ed., Oxford, 1998
- HARTLEY, *Defence Procurement, the Single Market and the European Armaments Agency*, in ARROWSMITH, DAVIES, *Public Procurement: Global Revolution*, London, 1998, p. 57 ss.
- HEERE, *International Law and The Hague's 750th Anniversary*, The Hague, 1999
- HEILMAN GRIER, *Uncertain Prospects for Japan's Bid Challenge Mechanism*, in *Public Procurement Law Review*, 2001, p. NA81 ss.
- HELLWIG, *The Retreat of the State? The Massachusetts Burma Law and Local Empowerment in the Context of Globalization*, in *Wisconsin International Law Journal*, 2000, p. 477 ss.
- HIGGOT, UNDERHILL, BIELER, *Non-State Actors and Authority in the Global System*, London, 2000
- HILF, JACOB, PETERSMANN, *The European Union and the GATT Law*, London, 1986
- HILF, *The ECJ's Opinion 1/94 on the WTO. No Surprise, but wise?*, in *European Journal of International Law*, 1995, p. 245 ss.

- HOEKMAN, MAVROIDIS, *Law and Policy in Public Purchasing. The WTO Agreement on Government Procurement*, Ann Arbor (Michigan), 1997
- HOEKMAN, MAVROIDIS, *Basic Elements of the Agreement on Government Procurement*, in HOEKMAN, MAVROIDIS, *Law and Policy in Public Purchasing. The WTO Agreement on Government Procurement*, Ann Arbor (Michigan), 1997, p. 13 ss.
- HOEKMAN, *Operation of the Agreement on Government Procurement, 1983-92*, in HOEKMAN, MAVROIDIS, *Law and Policy in Public Purchasing. The WTO Agreement on Government Procurement*, Ann Arbor (Michigan), 1997, p. 93 ss.
- HOEKMAN, MAVROIDIS, *Multilateralizing the Agreement on Government Procurement*, in HOEKMAN, MAVROIDIS, *Law and Policy in Public Purchasing. The WTO Agreement on Government Procurement*, Ann Arbor (Michigan), 1997, p. 289 ss.
- HOFFMANN-JENSSEN, STEHMANN, *The E.U. - Mexico Free Trade Agreement*, in *Public Procurement Law Review*, 2001, p. NA1 ss.
- HORSCH, *Eliminating Non Tariff Barriers to International Trade: the MTN Agreement on Government Procurement*, in *New York Univ. Journal of International Law & Pol.*, 1979/80, p. 315 ss.
- HUDEC, *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*, II ed., London, 1990
- HUDEC, *Enforcing International Trade Law. The Evolution of the Modern GATT legal System*, Washington DC, 1991, p. 222 ss.
- HUDEC, SOUTHWICK, *Regionalism and WTO Rules: Problems in the Fine Art of Discriminating Fairly*, in MENDOZA, LOW, KOTSCHWAR, *Trade Rules in the Making. Challenges in Regional and Multilateral Negotiations*, Washington DC, 1999, p. 47 ss.
- HUFBAUER, STARR, *The GATT Codes and the Unconditional Most-Favored-Nation Principle*, in *Law & Policy in International Business*, 1980, p. 59 ss.
- HYDER, *Equality of Treatment and Trade Discrimination in International Law*, The Hague, 1968
- IOVANE, *La tutela dei valori fondamentali nel diritto internazionale*, Napoli, 2000
- JACKSON, *World Trade and the Law of GATT*, New York, 1969
- JACKSON, *The Birth of the GATT-MNT System: a Constitutional Appraisal*, in *Law & Policy in International Business*, 1980, p. 21 ss.
- JACKSON, *Observations sur les résultats du cycle de l'Uruguay Round*, in *Revue générale de droit international public*, 1994, p. 675 ss.
- JACKSON, *The World Trading System: Law and Policy of International Economics Relations*, London, 1997
- JACKSON, *The World Trade Organization: Constitution and Jurisprudence*, London, 1998
- JACKSON, DAVEY, *Legal Problems of International Relations*, II ed., St. Paul, 1986, p. 522 ss.

- JAMES, *International Monetary Cooperation Since Bretton Woods*, Oxford, 1996
- JANIK, *A U.S. Perspective on the GATT Agreement on Government Procurement*, in *George Washington Journal of International Law and Economics*, 1987, n. 3, p. 491 ss.
- JANSEN, *WTO Dispute Settlement Procedure and the European Union*, in HEERE, *International Law and The Hague's 750th Anniversary*, The Hague, 1999, p. 305 ss.
- JONES, *The GATT-MTN system and the European Community as International Framework for the Regulation of Economic Activity: the Removal of Barriers to Trade in Government Procurement*, in *Maryland Journal of International Law and Trade*, 1984, p. 53 ss.
- KADDOUS, *Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, Basel, 1998
- KAHN, *Problems of Industrial Policy in High-Technology Collaborative Procurement*, in ARROWSMITH, DAVIES, *Public Procurement: Global Revolution*, London, 1998, p. 241 ss.
- KEOHANE, *Reciprocity in International Relations*, in *International Organizations*, 1986, p. 1 ss.
- KESSIE, *Enhancing Security and Predictability for Private Business Operators under the Dispute Settlement System of the WTO*, in *Journal of World Trade*, 2000, n.6, p. 14 ss.
- KING, DE GRAFF, *L'Accord sur les marchés public dans le cadre de l'Uruguay Round*, in *Revue du marché unique européen*, 1994, n. 4, p. 67 ss.
- KLABBERS, *Moribund on the Fourth of July? The Court of Justice on Prior Agreement of the Member States*, in *European Law Review*, 2001, p. 187 ss.
- KOHONA, *Dispute Resolution under the World Trade Organization: an Overview*, in *Journal of World Trade*, 1994, n. 3, p. 23 ss.
- KOMURO, *Implementation of the GPA in Japan*, in HOEKMAN, MAVROIDIS, *Law and Policy in Public Purchasing. The WTO Agreement on Government Procurement*, Ann Arbor (Michigan), 1997, p. 149 ss.
- KONO, *United States-Japan Trade Developments under the MNT Agreement on Government Procurement*, in *Fordham International Law Journal*, 1982, p. 139 ss.
- KRÜEGER, *The WTO as an International Organization*, London, 1998
- KUILWIJK, *The European Court of Justice and the GATT Dilemma: Public Interest versus Individual Rights?*, London, 1996
- KUIPER, *The Conclusion and Implementation of the Uruguay Round by the European Community*, in *European Journal of International Law*, 1995, p. 222 ss.
- KUNZLIK, *Environmental Issues in International Procurement*, in ARROWSMITH, DAVIES, *Public Procurement: Global Revolution*, London, 1998, p. 199 ss.

- LABAYALE, *Le contrôle de la réglementation communautaire en matière de marchés publics*, in *Revue du marché commun*, 1989, p. 625 ss.
- LAFER, *Réflexions sur l'OMC lors du 50e anniversaire du système multilatéral commercial. L'impact d'un monde en transformation sur le droit international économique*, in *Journal du droit international*, 1998, p. 933 ss.
- LAURIA, *Appalti pubblici e Mercato Unico Europeo*, Torino, 1991
- LAURIA, *I pubblici appalti. Disciplina comunitaria e giurisprudenza italiana*, Milano, 1998
- LEANZA, *La soluzione delle controversie nell'OMC*, in SOCIETÀ ITALIANA DI DIRITTO INTERNAZIONALE, *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Napoli, 1998, p. 275 ss.
- LEBULLENGER, *La Communauté face au processus de réexamen du système de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce*, in *Revue du Marché Commun*, 1998, p. 629 ss.
- LEE, *Public Procurement, Current EC Legal Developments*, London, 1992
- LEE, KENNEDY, *The Potential Effect of GATT 1994 in E.C. Law*, in *Journal of World Trade*, 1995, n. 3, p. 67 ss.
- LENAERTS, DE SMIJTER, *Some Reflections on the Status of International Agreement in the Community Legal Order*, in *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Baden-Baden, 1999, p. 352 ss.
- LESQUILLONS, *Les négociations commerciales multilatérales du Tokyo Round. L'accord international sur les marchés publics*, in I.U.S.E., *Nuove tendenze del commercio internazionale*, vol. II, Torino, 1982, p. 265 ss.
- LIGUSTRO, *Le controversie fra Stati nel diritto del commercio internazionale: dal GATT all'OMC*, Padova, 1996
- LINARELLI, *Private Participation in Public Infrastrutture: Some Strategic Issues*, in ARROWSMITH, DAVIES, *Public Procurement: Global Revolution*, London, 1998, p. 259 ss.
- LINARELLI, *Economic Sanctions and the US Supreme Court: Crosby v. National Foreign Trade Council*, in *Public Procurement Law Review*, 2001, p. NA91 ss.
- LOUIS, *La Communauté et ses État membres dans les relations extérieures*, in *Revue d'intégration européenne*, 1983, p. 203 ss.
- LOW, MATTOO, SUBRAMANIAN, *Government Procurement in Services*, in HOEKMAN, MAVROIDIS, *Law and Policy in Public Purchasing. The WTO Agreement on Government Procurement*, Ann Arbor (Michigan), 1997, p. 225 ss.
- LOWENFELD, *Remedies along with Rights: Institutional Reform in the New GATT*, in *American Journal of International Law*, 1994, p. 481 ss.
- LUZZATTO, *La diretta applicabilità nel diritto comunitario*, Milano, 1983
- MACLEOD, HENDRY, HYETT, *The External Relations of the European Communities*, Oxford, 1996

- MANIN, *A propos de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce et de l'accord sur les marchés publics: la question de l'invocabilité des accords intentionaux conclus par la Communauté européenne*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1997, p. 399 ss.
- MANZINI, *Environmental Exceptions of Art. XX GATT 1994 Revisited in the Light of the Rules of Interpretation of Generale International Law*, in MENGOLZI, *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, 1999, p. 811 ss.
- MARCEAU, *Transition from GATT to WTO. A most Pragmatic Approach*, in *Journal of World Trade*, 1995, n.4, p. 147 ss.
- MARGUE, *L'ouverture des marchés publics dans la Communauté*, in *Revue du marché unique*, 1991, n. 2, p. 143 ss. ; n. 3, p. 177 ss. ; n. 4, p. 111 ss.
- MARTINO, LANGELLA, RISI, *Il sistema di soluzione delle controversie nell'ambito dell'organizzazione mondiale del commercio: attuazione e prospettive*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1999, p. 425 ss.
- MATTERA RICILIANO, *La libéralisation des marchés publics et semi-publics dans la Communauté*, in *Revue du marché commun*, 1973, p. 204 ss.
- MATTERA, *Les marchés publics : dernier rempart du protectionnisme des États*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1993, n. 3, p. 5 ss.
- MATTERA, *Les nouvelles règles communautaires sur les marchés publics : cheval de Troie des pays tiers dans la «fortesse européenne»?*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1995, n. 4, p. 157 ss.
- MATTERA, *La politique communautaire des marchés publics: nécessité ou souci de perfectionnisme? Quelques réflexions sur le Livre vert de la Commission européenne*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1996, n. 4, p. 9 ss.
- MATTERA, *Vers un Code européen des marchés publics. Simplification, modernisation et clarification de la réglementation existante*, in *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2000, p. 523 ss.
- MATTOO, *Economic Theory and the Procurement Agreement*, in HOEKMAN, MAVROIDIS, *Law and Policy in Public Purchasing. The WTO Agreement on Government Procurement*, Ann Arbor (Michigan), 1997, p. 57 ss.
- MAUNU ANTTI, *The Implied external competence of the European Community after the ECJ Opinion 1/94, towards Coherence or Diversity?*, in *Legal Issues of European Integration*, 1995, n. 2, p. 115 ss.
- MCAFFEE, MCMILLAN, *Government Procurement and International Trade*, in *Journal of International Economics*, 1989, p. 291 ss.
- MC CRUDDEN, *Social Policy Issues in Public Procurement: A Legal Overview*, in ARROWSMITH, DAVIES, *Public Procurement: Global Revolution*, London, 1998, p. 219 ss.
- MCCRUDDEN, *International Economic Law and the Pursuit of Human Rights: A framework for Discussion on the Legality of 'Selective Purchasing' Laws under the WTO Government Procurement Agreement*, in *Journal of International Economic Law*, 1999, p. 3 ss.

- MCGINNIS, MOVSESIAN, *The World Trade Constitution*, in *Harvard Law Review*, 2000, p. 512 ss.
- MCGOVERN, *International Trade Regulation. GATT, the United States and the European Community*, Exeter, 1986, p. 207 ss.
- MCRAE, THOMAS, *The GATT and Multilateral Treaty Making: the Tokyo Round*, in *American Journal of International Law*, 1983, p. 51 ss.
- MEAD, *The Obligation to Apply European Law: Is Duke Dead?*, in *European Law Review*, 1991, p. 490 ss.
- MEGLIANI, *Lo Helms-Burton Act, ovvero la difficoltà di intrattenere relazioni commerciali ai tempi della WTO*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1999, p. 663 ss.
- MENDOZA, LOW, KOTSCHWAR, *Trade Rules in the Making. Challenges in Regional and Multilateral Negotiations*, Washington DC, 1999
- MENGOZZI, *Il giudice nazionale di fronte al diritto comunitario*, in *Contratto e impresa*, 1986, p. 792 ss.
- MENGOZZI, *Les droits des citoyens de l'U.E. et l'applicabilité directe des Accords de Marrakesh*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1994, n. 4, p. 165 ss.
- MENGOZZI, *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 1997, p. 104 ss.
- MENGOZZI, *I servizi nell'Organizzazione mondiale del commercio*, in SOCIETÀ ITALIANA DI DIRITTO INTERNAZIONALE, *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Napoli, 1998, p. 133 ss.
- MENGOZZI, *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, 1999
- MENGOZZI, *The World Trade Organization Law: An Analysis of its First Practice*, in AA.VV., *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, Tomo I, *Diritto Internazionale*, Milano, 1999, p. 271 ss.
- MENGOZZI, *La Cour de Justice et l'applicabilité de l'OMC en droit communautaire à la lumière de l'affaire Portugal c. Conseil*, in *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2000, p. 509 ss.
- MENGOZZI, *Le relazioni esterne della Comunità europea, il principio di sussidiarietà e le esigenze di cooperazione poste dalla globalizzazione dell'economia*, in DANIELE, *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, Milano, 2001, p. 5 ss.
- MENGOZZI, *Persone fisiche e persone giuridiche nel contenzioso dell'OMC*, in *La Comunità europea e l'Organizzazione mondiale del commercio*, Atti del convegno di Siena 22-23 giugno 2001, in corso di pubblicazione.
- MESSERLIN, *The Political Economy Protection: The Bureaucratic Case*, in *Weltwirtschaftliches Archiv*, 1981, p. 469 ss.
- MESSERLIN, *Le nouveau ordre commercial mondial du GATT au OMC*, Paris, 1995

- MICHEL, *La Jurisprudence de la Cour de Justice sur les marchés publics: instrument essentiel pour leur ouverture à la concurrence*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1994, n. 3, p. 135 ss.
- MONTI, *Marchés publics et Marché Unique*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1996, p. 5 ss.
- MOORE, *The Decision Bridging the GATT 1947 and the WTO Agreement*, in *American Journal of International Law*, 1996, p. 317 ss.
- MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1991, p. 829 ss.
- NEUWAHL, *Individuals and the GATT: Direct Effect and Indirect Effects of the General Agreement on Tariffs and Trade in Community Law*, in EMILIOU, O'KEEFFE, *The European Union and World Trade Law. After the GATT Uruguay Round*, Chichester, 1996, p. 313 ss.
- NEUWAHL, *Shared Powers or Combined Incompetence? More on Mixity*, in *Common Market Law Review*, 1996, p. 667 ss.
- NOTARO, *L'intégration de l'accordo international sur les marchés publics dans l'ordre juridique communautaire: aboutissement ou commencement?*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1998, n. 2, p. 203 ss.
- O'KEEFFE, SCHERMERS, *Mixed Agreement*, Deventer, 1983
- O'LOAN, *An Analysis of the Utilities Directive of the European Communities*, in *Public Procurement Law Review*, 1992, p. 175 ss.
- OTT, *The Friction between GATT/WTO Law and EC Law: Some Critical Remarks on the Case Law of ECJ*, in HEERE, *International Law and The Hague's 750th Anniversary*, The Hague, 1999, p. 373 ss.
- PAGE, *Cinq ans après sa mise en place: la nécessaire réforme du mécanisme de règlements des différends de l'OMC*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 2000, p. 615 ss.
- PAEMAN, BENSCH, *Du GATT à l'OMC: la Communauté européenne dans l'Uruguay Round*, Leuven, 1995
- PALELLA, *La direttiva UE 97/52 e le modifiche sugli appalti di servizi, lavori e forniture*, in *Urbanistica e appalti*, 1998, p. 237 ss.
- PALMETER, *The WTO as a Legal System*, in *Fordham International Law Journal*, 2000, p. 444 ss.
- PANEBIANCO, *Ricorsi comunitari e nazionali in materia di contratti di lavori pubblici*, in *Riv. dir. europeo*, 1990, p. 861 ss.
- PANTZ, *Institutions et politiques commerciales internationales: du GATT à l'OMC*, Paris, 1998
- PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale. Parte Prima*, VI ristampa, Padova, 1961
- PESCATORE, *External Relations in the Case Law of the Court of Justice of the European Communities*, in *Common Market Law Review*, 1979, p. 615 ss.
- PESCATORE, *The doctrine of "direct effect": an infant disease of Community Law*, in *European Law Review*, 1983, p. 155 ss.

- PESCATORE, *The New WTO Dispute Settlement Mechanism*, in DEMARET, BELLIS, *Regionalism and Multilateralism after the Uruguay Round*, Brussels, 1997, p. 661 ss.
- PESCATORE, *Opinion 1/94 on 'Conclusion' of the WTO Agreement: is there an escape from a programmed disaster?*, in *Common Market Law Review*, 1999, p. 387 ss.
- PESCATORE, *Nice - Aftermath*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 265 ss.
- PETERSMANN, *The EEC as GATT Member. Legal Conflicts between GATT Law and European Community Law*, in HILF, JACOB, PETERSMANN, *The European Union and the GATT Law*, London, 1986, p. 23 ss.
- PETERSMANN, *The GATT-WTO Dispute Settlement System*, London, 1997
- PETERSMANN, *Dispute Settlement Procedures in the WTO. A view from The Hague*, in HEERE, *International Law and The Hague's 750th Anniversary*, The Hague, 1999, p. 297 ss.
- PETERSMANN, *From 'Negative' to 'Positive' Integration in the WTO: Time for 'Mainstreaming Human Rights' into WTO Law?*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 1363 ss.
- PETERSMANN, *Human Rights and International Economic Law in the 21st Century. The Need to Clarify their Interrelationship*, in *Journal of International Economic Law*, 2001, p. 3 ss.
- PETERSMANN, *International Activities of the European Union and Sovereignty of Member States*, in CANNIZZARO, *The EU as an Actor of International Relations*, Atti del Convegno di Macerata 5-7 aprile 2001, in corso di pubblicazione
- PETERSON, *The Trade Agreement Act of 1979: the Agreement on Government Procurement*, in *Journal of International Law and Economics*, 1980, p. 321 ss.
- PICONE, *L'applicazione provvisoria degli accordi internazionali*, Napoli, 1973
- PICONE, SACERDOTI, *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1987
- PLAISANT, *L'Organisation internationale du commerce*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 1950, p. 159 ss.
- POCAR, *Caratteri ed evoluzione degli accordi internazionali stipulati dalla C.E.E.*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1981, p. 5 ss.
- POCAR, *Il ravvicinamento delle legislazioni nazionali nella Comunità economica europea*, in PAPISCA, MISTRI, *La sfida europea*, Padova, 1984, p. 197 ss.
- POCAR, *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, VI ed., Milano, 2000.
- POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001
- POCAR, *The Decision-Making Processes of the European Community in External Relations*, in CANNIZZARO, *The EU as an Actor of International Relations*, Atti del Convegno di Macerata 5-7 aprile 2001, in corso di pubblicazione

- POMERANZ, *Toward a New International Order in Government Procurement*, in *Public Contract Law Journal*, 1982, p. 129 ss.
- PRECHAL, *Directives in European Community Law: A study on EC Directives and their Enforcement by National Courts*, Oxford, 1995
- PRECHAL, *Does Direct Effect Still Matter?*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 1047 ss.
- PROTTO, *L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici. Studio sull'influsso dell'integrazione europea sulla tutela giurisdizionale degli operatori economici nei confronti delle amministrazioni nazionali*, Milano, 1997
- PROTTO, *La nuova disciplina comunitaria per gli appalti nei settori speciali*, in *Urbanistica e appalti*, 1998, p. 701 ss.
- RADICATI DI BROZOLO, *La funzione consultiva della Corte comunitaria in materia di relazioni esterne*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1979, p. 116 ss.
- RAPPORTO ATKINS, *The "Cost of Non-Europe" in Public-Sector Procurement*, Lussemburgo 1988, parte A
- REGE, *Transparency in Government Procurement. Issues on Concern and Interest to Developing Countries*, in *Journal of World Trade*, n. 4, p. 489 ss.
- REICH, *The New GATT Agreement on Government Procurement. The Pitfall of Plurilateralism and Strict Reciprocity*, in *Journal of World Trade*, 1997, n. 2, p. 175 ss.
- REICH, *International Public Procurement Law: The Evolution of International Regimes on Public Purchasing*, London, 1999
- RIDEAU, *Les accords internationaux dans la jurisprudence de la CJCE. Réflexions sur les relations entre les ordres juridiques international, communautaire et nationaux*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 1990, p. 347 ss.
- RILEY, *The Jellyfish Nailed? The Annulment of EC/US Competition Cooperation Agreement*, in *European Competition Law Review*, 1995, p. 185 ss.
- ROEBLING, *Invoking the Agreement on Government Procurement*, in *Public Procurement Law Review*, 1999, p. 187 ss.
- ROSS, *Article 16 E.C. and Services of General Interest: from Derogation to Obligation?*, in *European Law Review*, 2000, p. 22 ss.
- ROSSIER, *L'Organisation Mondiale du Commerce face aux défis de la mondialisation de l'économie*, in *Studia Diplomatica*, 1997, p. 11 ss.
- RUFFERT, *Rights and Remedies in European Community Law: A Comparative View*, in *Common Market Law Review*, 1997, p. 307 ss.
- RUIZ FABRI, *L'appel dans le règlement des différends de l'OMC: 3 ans après, 15 rapports plus tard*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 1999, p. 47 ss.
- RUOTOLO, *Organizzazione Mondiale del Commercio e ordinamento comunitario nella giurisprudenza recente della Corte di Giustizia: un nodo ancora irrisolto*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2000, p. 1009 ss.

- RUTTLEY, MCVAY, GEORGE, *The WTO and International Trade Regulation*, London, 1998
- SACERDOTI, ALESSANDRINI, *Regionalismo economico e sistema globale degli scambi*, Milano, 1994
- SACERDOTI, *The International Regulation of Services: Basic Concepts and Standard of Treatment*, in SACERDOTI, *Liberalization of Services and Intellectual Property in the Uruguay Round*, Fribourg, 1990, p. 253 ss.
- SACERDOTI, *La trasformazione del GATT nell'Organizzazione mondiale del commercio*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1995, p. 73 ss.
- SACERDOTI, *Il doppio grado di giudizio nelle giurisdizioni internazionali*, in *Comunicazioni e Studi*, 1997, p. 153 ss.
- SACERDOTI, *Profili istituzionali dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC) e principi base degli accordi di settore*, in SOCIETÀ ITALIANA DI DIRITTO INTERNAZIONALE, *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Napoli, 1998, p. 1 ss.
- SACERDOTI, VENTURINI, *GATT as a Self-executing Treaty in the Italian Case Law*, in PETERSMANN, JAENICKE, *Adjudication of International Trade Disputes in International and National Economic Law*, Friburg, 1992, p. 339 ss.
- SACERDOTI, VENTURINI, *La liberalizzazione multilaterale dei servizi e i suoi riflessi per l'Italia*, Milano, 1997
- SAHAYDACHNY, WALLACE, *Opening Government Procurement Markets*, in MENDOZA, LOW, KOTSCHWAR, *Trade Rules in the Making. Challenges in Regional and Multilateral Negotiations*, Washington DC, 1999, p. 462 ss.
- SANVITTI, *Amministrazione a più strati: l'esempio del commercio nazionale e sopranazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2000, p. 1062 ss.
- SAUVÉ, *Developing Countries and the GATS 2000 Round*, in *Journal of World Trade*, 2000, p. 92 ss.
- SAUVÉ, STERN, *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization*, Washington D.C., 2000
- SCHERMERS, *Community Law and International Law*, in *Common Market Law Review*, 1975, p. 77 ss.
- SCHIAVONE, *Il principio di non discriminazione nei rapporti commerciali internazionali*, Milano, 1966
- SCHOLTE, O'BRIEN, WILLIAMS, *The WTO and Civil Society*, in *Journal of World Trade*, 2000, n.1, p. 107 ss.
- SCHWARZENBERGER, *The Principles and Standards of International Economic Law*, in *Recueil des Cours*, 1966-I, p. 66 ss.
- SCIAUDONE, *Diritto comunitario degli appalti pubblici*, Padova, 1999
- SECCHI, SACERDOTI, *L'Uruguay Round del Gatt*, Milano, 1987
- SEIDL-HOHENVELDERN, *The Attitude of States towards the Proliferation of International Organizations*, in BLOKKER, SCHERMERS, *Proliferation of International Organizations. Legal Issues*, London, 2001, p. 51 ss.

- SHAFFER, *The World Trade Organization under Challenge: Democracy and the Law and Politics of the WTO's Treatment of Trade and Environment Matters*, in *Harvard Environmental Law Review*, 2001, p. 1 ss.
- SHOYER, *The First Three Years of the WTO Dispute Settlement. Observation and Suggestion*, in *Journal of International Economic Law*, 1998, p. 277 ss.
- SLAUGHTER, STONE SWEET, WEILER, *The European Court of Justice and National Courts: Doctrine and Jurisprudence*, London, 1998
- SMITH, *Renegotiating Lomé: the Impact of the World Trade Organisation on the European Community's Development Policy after the Bananas Conflict*, in *European Law Review*, 2000, p. 247 ss.
- SMITH, WOOLCOCK, *European Commercial Policy: A Leadership Role in the New Millennium*, in *European Foreign Affairs Review*, 1999, p. 439 ss.
- SNAPE, *Reaching Effective Agreements Covering Services*, in KRUEGER, *The WTO as an International Organization*, Chicago, 1998, p. 177 ss.
- SOCIETÀ ITALIANA DI DIRITTO INTERNAZIONALE, *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Napoli, 1998
- SOCIÉTÉ FRANÇAISE DE DROIT INTERNATIONAL, *La réorganisation mondiale des échanges*, Colloque de Nice, Paris, 1995
- SPENNEMANN, *The WTO Agreement on Government Procurement. A Means of Furtherance of Human Rights?*, in *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2001, p. 43 ss.
- STEINBERG, *Direct Application of Multilateral Trade Agreements in United States*, in DEMARET, BELLIS, *Regionalism and Multilateralism after the Uruguay Round*, Brussels, 1997, p. 715 ss.
- STERN, HOEKMAN, *The Codes Approach*, in FINGER, OLECHOWSKI, *The Uruguay Round. A Handbook on the Multilateral Trade Negotiations*, Washington, 1987, p. 59 ss.
- STROZZI, *Il diritto dei trattati*, Torino, 1999
- TEMPLE LANG, *The Duties of Cooperation of National Authorities and Courts under Article 10 E.C.: two more Reflections*, in *European Law Review*, 2001, p. 84 ss.
- TESAURO, *Rapporti tra la Comunità europea e l'OMC*, in *Rivista di Diritto Europeo*, 1997, p. 380 ss., anche in SOCIETÀ ITALIANA DI DIRITTO INTERNAZIONALE, *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Napoli, 1998, p. 21 ss.
- TESAURO, *Diritto comunitario*, II ed., Padova, 2001
- TIMMERMANS, *L'Uruguay Round: sa mise en oeuvre par la Communauté européenne*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1994, n. 4, p. 175 ss.
- TIZZANO, *La controversia tra Consiglio e Commissione in materia di competenze a stipulare della C.E.E.*, in *Foro italiano*, 1971, parte IV, Col. 339 ss.

- TIZZANO, *Recenti tendenze in tema di competenza a stipulare della CEE*, in *Foro italiano*, 1973, parte V, Col. 1 ss.
- TIZZANO, *Profili generali del Trattato di Amsterdam*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1998, p. 392 ss.
- TOBLER, *Encore: "Women's Clauses" in Public Procurement under Community Law*, in *European Law Review*, 2000, p. 618 ss.
- TOGNAZZI, *Nozione e classificazione degli accordi misti*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1994, p. 583 ss.
- TOGNAZZI, *Il parere No. 1/94: nuovi sviluppi in tema di relazioni esterne della Comunità europea*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1996, p. 75 ss.
- TREBILCOCK, *Social Dimension of International Trade Liberalization*, in DEMARET, BELLIS, *Regionalism and Multilateralism after the Uruguay Round*, Brussels, 1997, p. 511 ss.
- TREBILCOCK, HOWSE, *The Regulation of International Trade*, London, 1999
- TREPTE, *Extension of the E.C. Procurement Regime to Public Services Contracts: an Overview of the Services Directive*, in *Public Procurement Law Review*, 1993, p. 1 ss.
- TREPTE, *The E.C.-United States Trade Dispute: Negotiation of a Partial Solution*, in *Public Procurement Law Review*, 1993, p. CS 82 ss.
- TREPTE, *The GATT GPA and the Community Procurement Rules: Re-alignment and Modification*, in *Public Procurement Law Review*, 1995, p. CS42 ss.
- TRIANFAYLLOU, *Les règles de la concurrence et l'activité étatique y compris les marchés publics*, in *Revue trimestrielle de Droit Européen*, 1996, p. 57 ss.
- TRIANFAYLLOU, MARDAS, *Criteria for Qualitative Selection in Public Procurement: A Legal and Economic Analysis*, in *Public Procurement Law Review*, 1995, p. 145 ss.
- TRYBUS, *National Models for the Regulation of the Acquisition of Armaments: Towards a European Defence Procurement Code?*, in ARROWSMITH, DAVIES, *Public Procurement: Global Revolution*, London, 1998, p. 71 ss.
- TURPIN, *Government Procurement and Contracts*, London, 1989
- VAN CALSTER, *The EU, Trade, Environment and Unilateralism: Passing the Buck*, in *European Foreign Affairs Review*, 2000, p. 9 ss.
- VAN DEN BOSSCH, MARCEAU, *Le système de règlement de différends de l'Organisation mondiale du commerce. Analyse d'un système particulier et distinctif*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1998, n. 3, p. 29 ss.
- VAN DIJK, *Challenges to the New World Trade Organization*, The Hague, 1996
- VAN GREVEN, *The Horizontal Direct Effect of Directive Provisions Revisited: the Reality of Catchwords*, in HEUKELS, CURTIN, *Institutional Dynamics of European Integration. Liber Amicorum for Henry Schermers*, Dordrecht, 1994

- VENTURINI, *Sulla diretta applicabilità delle norme G.A.T.T.*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1983, p. 784 ss.
- VENTURINI, *L'Accordo generale sulle tariffe doganali e il commercio (GATT)*, Milano, 1988
- VENTURINI, *Recenti sviluppi in tema di liberalizzazione degli scambi di servizi*, in SOCIETÀ ITALIANA DI DIRITTO INTERNAZIONALE, *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Napoli, 1998, p. 133 ss.
- VENTURINI, *L'organizzazione mondiale del commercio*, Milano, 2000
- VENTURINI, *Le relazioni esterne dell'Unione europea*, in *L'Europa di domani: verso l'allargamento dell'Unione*, Atti del convegno di Milano 15-17 febbraio 2001, in corso di pubblicazione
- VERNON, *The New World Trade Organization: A New Stage in International Trade and Development*, in *Harvard International Law Journal*, 1995, p. 329 ss.
- VIRZO, *Note sulla successione tra Organizzazioni internazionali, con particolare riferimento alla trasformazione del GATT nell'OMC*, in *Comunità Internazionale*, 1999, p. 296 ss.
- VON BOGDANDY, *Organizational Proliferation and Centralization under the Treaty on European Union*, in BLOKKER, SCHERMERS, *Proliferation of International Organizations. Legal Issues*, London, 2001, p. 177 ss.
- WARÈGNE, *L'Organisation Mondiale du commerce. Règles de fonctionnement et enjeux économiques*, Paris, 2000
- WASMEIER, *The Integration of Environmental Protection as a General Rule for Interpreting Community Law*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 159 ss.
- WEATHERILL, *National Remedies and Equal Access to Public Procurement*, in *Yearbook of European Law*, 1990, p. 243 ss.
- WEISS, *Public Procurement in European Community Law*, London, 1993
- WEISS, *The General Agreement on Trade in Services 1994*, in *Common Market Law Review*, 1995, p. 1177 ss.
- WESSEL, *The Inside Looking Out: Consistency and Delimitation in EU External Relations*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 1135 ss.
- WILCOX, *A Charter for the World Trade*, New York, 1949
- WILLIAMS, *Directive 98/4 Amending the E.C. Utilities Procurement Regime*, in *Public Procurement Law Review*, 1998, p. 95 ss.
- WILLIAMS, *The Long Awaited Directive (97/52/E.C.) Amending the E.C. Public Sector Procurement Regime*, in *Public Procurement Law Review*, 1998, p. 25 ss.
- WILLIAMS, *Non-Violation Complaints in the WTO System*, in MENGOZZI, *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, 1999, p. 675 ss.
- WILLIAMS, *The Proposed Commission Draft Communication on the Environ-*

- ment and the Impact of the Nord Pas-de-Calais Region Case*, in *Public Procurement Law Review*, 2001, p. NA75 ss.
- WINHAM, *International Trade and the Tokyo Round Negotiation*, Princeton, 1986
- WINTER, *Direct Applicability and Direct Effect. Two Distinct and Different Concepts in Community Law*, in *Common Market Law Review*, 1972, p. 425 ss.
- WITTING, *A Framework for Balancing Business and Accountability within a Public Procurement System: Approaches and Practices of the United States*, in *Public Procurement Law Review*, 2001, p. 139 ss.
- ZANGHÌ, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, III ed., Torino, 2000
- ZONNEKEYN, *The Legal Status of WTO Panel Reports in the EC Legal Order. Some Reflections on the Opinion of Advocate General Mischo in the Atlanta Case*, in *Journal of International Economic Law*, 1999, p. 713 ss.
- ZONNEKEYN, *The Status of WTO Law in the Community Legal Order. Some Comments in the Light of the Portuguese Textiles Case*, in *European Law Review*, 2000, p. 293 ss.

UNIVERSITÀ DI TORINO
MEMORIE DELL'ISTITUTO GIURIDICO

MEMORIE (SERIE I)

1. CAMILLO MONTALCINI, *Vicende delle pubbliche libertà in Piemonte dai primi tempi di Casa Savoia ad Emanuele Filiberto*, 1884.
2. *Studio critico sulla protezione del lavoro delle donne e dei fanciulli nelle manifatture*, 1884.
3. CARLO LESSONA, *La Germania di G. Cornelio Tacito - Saggio storico-giuridico*, I, 1884.
4. VIRGILIO ROSSI, *L'Europa nel secolo decimosesto e l'Europa d'oggi - Raffronti*, 1886.
5. CARLO LESSONA, *La sylva nuptialis di Giovanni Nevizzano giureconsulto astigiano del secolo XVI - Contributo alla storia del diritto italiano*, 1886.
6. FRANCESCO RUFFINI, *L'actio spoli - Studio storico-giuridico*, 1889.
7. GUIDO CAPITANI, *Stato - Beneficenza e previdenza pubblica - Considerazioni*, 1888.
8. FEDERICO PATETTA, *Le ordalie - Studio di storia del diritto e scienza del diritto comparato*, 1890.
9. GIOVANNI BOBBIO, *Sulle origini e sul fondamento della famiglia - Studio filosofico-storico-giuridico*, 1891.
10. BARTOLOMEO DUSI, *La eredità giacente nel diritto romano e moderno*, 1891.
11. CARLO ARNÒ, *Della distinzione tra servitù rustiche ed urbane - Contributo alla teoria delle servitù prediali*, 1895.
12. RAFFAELE COGNETTI DE MARTIS, *La revocazione della sentenza nella procedura civile*, 1900.

MEMORIE (SERIE II)

1. F. VASSALLI, L. FRANCHI, G. P. Chironi, 1928.
2. E. DULIO, *Un illuminista piemontese. Il Conte Dalmazzo Francesco Vasco*, 1928.
3. G. GROSSO, *Efficacia dei patti nei «bonae fidei indicia»*, 1928.
4. A. PASSERIN D'ENTREVES, *La teoria del diritto e della politica in Inghilterra all'inizio dell'età moderna*, 1929.
5. E. DULIO, *Le miniere degli Challant in Valle d'Aosta e il loro ordinamento giuridico*, 1929.
6. G. GROSSO, *Contributo allo studio dell'adempimento della condizione*, 1930.
7. M. EINAUDI, *Edmondo Burke e l'indirizzo storico nelle scienze politiche*, 1930.
8. M. CHIAUDANO, *Studi e documenti per la storia del diritto commerciale italiano nel secolo XIII*, 1930.
9. G. ACOSTI, *Un politico italiano alla Corte polacca nel secolo XV. (Il «Consilium Callimachi»)*, 1930.
10. M. DE BERNARDI, *Giovanni Botero economista. (Intorno ai libri «Delle cause della grandezza delle città»)*, 1931.

11. G. BALLADORE PALLIERI, *I «principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili» nell'art. 48 dello Statuto della Corte di giustizia internazionale*, 1931.
12. G. FERRÒGLIO, *La condizione giuridica delle confraternite*, 1931.
13. R. TREVES, *La dottrina sansimoniana nel pensiero italiano del Risorgimento*, 1931.
14. A. ALBERTI, *Alberto Radicati di Passerano (Contributo al pensiero politico e alla storia del diritto ecclesiastico in Piemonte agli inizi del Sec. XVIII)*, 1931.
15. M. COMBA, *Organo e rappresentanza nella dottrina degli enti collettivi con particolare riguardo al diritto pubblico*, 1931.
16. M. EINAUDI, *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, 1931.
17. D. BIZZARRI, *Il documento notarile guarentigato (Genesi storica e natura giuridica)*, 1932.
18. V. LARGU, *Il diritto di proprietà nella legislazione civile sovietica*, 1932.
19. G. BALLADORE PALLIERI, *La natura giuridica internazionale della potestà dello Stato sugli individui*, 1932.
20. U. GUALAZZINI, *Rapporti fra capitale e lavoro nelle industrie tessili lombarde nel Medio Evo (Contributo alla storia del diritto del lavoro)*, 1932.
21. R. MONACO, *L'ordinamento internazionale in rapporto all'ordinamento statale*, 1932.
22. A. PASSERIN D'ENTREVES, *Riccardo Hooker (Contributo alla teoria e alla storia del diritto naturale)*, 1932.
23. P. BODDA, *La nozione di «causa giuridica» della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, 1933.
24. C. PREDELLA, *La figura dell'uomo medio nella storia del diritto e nel sistema giuridico privato*, 1934.
25. D. DE CASTRO, *Metodi per calcolare gli indici della criminalità*, 1934.
26. R. TREVES, *Il diritto come relazione. (Saggio critico sul neo-kantismo contemporaneo)*, 1934.
27. C. MAIORCA, *Lo spazio e i limiti della proprietà fondiaria*, 1934.
28. N. BOBBIO, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, 1934.
29. N. BOBBIO, *Scienza e tecnica del diritto*, 1934.
30. E. CROSA, *Carlo Alberto e la concessione dello Statuto*, 1935.
31. G. MARCHELLO, *Il problema critico del diritto naturale*, 1936.
32. R. MONACO, *I conflitti di legge in materia di cambiale*, 1936.
33. C. RODDI, *I mutamenti della cosa e le loro conseguenze giuridiche in diritto romano*, 1936.
34. C. MAIORCA, *La cosa in senso giuridico - Contributo alla critica di un Dogma*, 1937.
35. *Esame del progetto preliminare del Codice di Procedura civile da parte della Facoltà di Giurisprudenza (Relazione del Prof. Mario Ricca-Barberis)*, 1938.
36. N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, 1938.
37. S. PIRAS, *La sostituzione fedecommissaria nel progetto di riforma del Codice Civile*, 1938.
38. M. ALLARA, P. GRECO, G. GROSSO, A. MONTEL, M. RICCA-BARBERIS, *Osservazioni e proposte sul progetto preliminare del secondo libro del Codice Civile*, 1938.
39. M. RICCA-BARBERIS, *L'evizione nella vendita giudiziale*, 1938.
40. M. RICCA-BARBERIS, *La garanzia per evizione nella permuta*, 1939.
41. G. DEIANA, *I motivi nel diritto privato*, 1939.
42. G. CANSACCHI, *Scelta e adattamento delle norme straniere richiamate*, 1939.
43. G. PUGLIESE, *Appunti sui limiti dell'«imperium» nella repressione penale*, 1939.
44. C. ARNO, *L'alienazione della cosa legata*, 1939.
45. B. LEONI, *Il problema nella scienza giuridica*, 1940.
46. P. DI PACE, *Il negozio per relationem*, 1940.
47. F. PIERANDREI, *I diritti subbiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, 1941.
48. R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, 1942.
49. G. MARCHELLO, *Studi sul concetto di oggettività sociale*, 1942.
50. G. BALBI, *Saggio sulla donazione*, 1942.
51. B. LEONI, *Per una teoria dell'irrazionale nel diritto*, 1943.
52. P. BODDA, *La dispensa amministrativa*, 1943.
53. A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, 1943.
54. E. GIUSIANA, *Decadenza e prescrizione*, 1943.
55. S. PIACENZA, *Saggio di un'indagine sul dolo specifico*, 1943.
56. M. SAVINO, *La subordinazione nel rapporto di lavoro*, 1944.
57. M. RICCA-BARBERIS, *Acquisto per ritrovamento o invenzione*, 1945.
58. G. BERTO, *Studi preliminari sulla trasformazione delle società*, 1945.
59. G. FERROGLIO, *Circoscrizioni ed enti territoriali della Chiesa*, 1946.
60. R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, 1947.
61. R. CORRADO, *La pubblicità nel diritto privato - Parte generale*, 1947.
62. R. TREVES, *Diritto e Cultura*, 1947.
63. A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, 1949.
64. R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, 1949.
65. L. EINAUDI, *Scienza economica ed economisti nel momento presente (Discorso pronunciato il 5 novembre 1949 per l'inaugurazione dell'anno accademico 1949-1950 della Università di Torino)*, 1950.
66. M. RICCA-BARBERIS, *La garanzia per evizione nella dote e nel patrimonio familiare*, 1950.
67. M. GORINO-CAUSA, *Sul problema sistematico esterno di un diritto dei culti nei territori extrametropolitani*, 1950.
68. A. FEDELE, *Possesso ed esercizio del diritto*, 1950.
69. E. ENRIETTI, *Il contratto per persona da nominare*, 1950.
70. R. CORRADO, *Studi sul licenziamento*, 1950.
71. G. TREVES, *Le imprese pubbliche*, 1950.
72. A. BURDESE, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, 1950.
73. G. BALBI, *Le obbligazioni propter rem*, 1950.
74. M. A. BENEDETTO, *Aspetti del movimento per le costituzioni in Piemonte durante il risorgimento*, 1951.
75. G. PROVERA, *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*, 1951.
76. A. BURDESE, *Studi sull'ager publicus*, 1952.
77. A. M. OFFIDANI, *Contributo alla teoria della posizione giuridica*, 1952.
78. M. A. BENEDETTO, *Ricerche sugli ordinamenti dei domini del Delfinato nell'alta Valle di Susa*, 1953.
79. A. M. OFFIDANI, *La capacità elettorale politica - Studi preliminari*, 1953.
80. E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, 1953.
81. A. M. OFFIDANI, *Studi sull'ordinamento giuridico speciale - Il concetto della supremazia speciale nella evoluzione della dottrina*, 1953.
82. G. PROVERA, *Contributi allo studio di insurandum in litem*, 1953.
83. M. RICCA-BARBERIS, *Per un nuovo indirizzo della dottrina processuale*, 1954.

84. M. GORINO-CAUSA, *Sui regolamenti in diritto canonico*, 1954.
85. E. DI ROBILANT, *Significato del diritto naturale nell'ordinamento canonico*, 1954.
86. S. COTTA, *Gaetano Filangieri e il problema della legge*, 1954.
87. E. VITTA, *Conflitti interni ed internazionali - Saggio comparativo* - I, 1954; II, 1955.
88. R. SACCO, *Il potere di procedere in via surrogatoria - Parte Generale*, 1955.
89. S. COTTA, *Il concetto di legge nella Summa Theologiae di S. Tommaso d'Aquino*, 1955.
90. E. DI ROBILANT, *Direttiva economica e norma giuridica*, 1955.
91. F. GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, 1955.
92. A. BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, 1955.
93. M. GORINO CAUSA, *Mutamenti costituzionali e territoriali e sopravvivenza dei concordati*, 1956.
94. P. SCHLESINGER, *La petizione di eredità*, 1956.
95. F. CORDERO, *Studi sulle dottrine generali del processo penale - Le situazioni soggettive nel processo penale*, 1956.
96. M. A. BENEDETTO, *Ricerche sui rapporti patrimoniali tra coniugi nello Stato sabaudo - A proposito della questione dotale di Filiberta di Savoia - Nemours*, 1957.
97. E. VITTA, *Le riserve nei trattati*, 1957.
98. M. GORINO CAUSA, *Aspetti giuridici della libertà della Chiesa*, 1957.
99. A. MARAZZI, *L'apolidia e il suo accertamento giudiziario*, 1958.
100. M. RICCA-BARBERIS, *Trattato della garanzia per evizione - Parte generale*, 1958.
101. E. VITTA, *Studi sui trattati*, 1958.
102. F. GALLO, *Studi sulla distinzione fra res mancipi e res nec mancipi*, 1958.
103. G. PROVERA, *La pluris petitio nel processo romano* - I. *La procedura formulare*, 1958; II. *La cognitio extra ordinem*, 1960.
104. A. MARAZZI, *I territori internazionalizzati* - I, 1959.
105. G. GAVAZZI, *Delle antinomie*, 1959.
106. L. MAFFEO, *I vizi della volontà nell'ordine sacro*, 1960.
107. P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale* - I, 1960.
108. S. PIVANO, *Prearie e livelli*, 1962.
109. C. DAL PIAZ, *Il trasferimento delle autorizzazioni e concessioni amministrative* (in corso di stampa).
110. C. FERRARI, *Il procedimento costitutivo del rapporto di pubblico impiego*, 1962.
111. G. A. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, 1962.
112. G. PROVERA, *La vindictio caducorum - Contributo allo studio del processo fiscale romano*, 1964.
113. A. BARUCCHI, *L'attività mineraria nel sistema della legislazione dell'energia*, 1964.
114. L. ORUSA, *Le strade pubbliche* - I. *Proprietà e classificazioni*, 1964.
115. F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, 1964.
116. E. DI ROBILANT, *Teoria e ideologia nelle dottrine della giustizia*, 1964.
117. G. LAZZARO, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, 1965.
118. S. PIVANO, *Scritti minori di storia e storia del diritto con una notizia biografica dell'Autore a cura di MARIO E. VIORA*, 1965.
119. P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano* - I, 1965.
120. R. BERTOLINO, *Il notorio nell'ordinamento giuridico della Chiesa*, 1965.

121. I. MANZONI, *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, 1965.
122. G. LAZZARO, *L'interpretazione sistematica della legge*, 1965.
123. M. LONGO, *Normazione professionale ed ordinamento giuridico statale* (contributo allo studio delle fonti del diritto dell'economia) - Parte prima - *Introduzione*, 1966.
124. L. MICCO, *Lavoro ed utilità sociale nella costituzione*, 1966.
125. M. BIN, *La diseredazione - Contributo allo studio del contenuto del testamento*, 1966.
126. R. BERTOLINO, *L'obiezione di coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei*, 1967.
127. F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, 1967.
128. G. GAVAZZI, *Norme primarie e norme secondarie*, 1967.
129. A. COMBA, *Le giurisdizioni amministrative delle organizzazioni internazionali* - I, 1967.
130. M. LONGO, *Saggio critico sulle finalità e sull'oggetto dell'art. 23 della costituzione*, 1968.
131. S. SCHIPANI, *Responsabilità «ex lege Aquilia» criteri di imputazione e problema della «culpa»*, 1969.
132. G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali* - I, 1970.
133. G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, 1970.
134. M. G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto* - I, *Dalle origini alla scuola storica*, 1968.
135. M. LONGO, *Il pubblico intervento nell'economia agraria operato dalla legge 15 settembre 1964 n. 756* - I. *Capo I - Premesse introduttive* - *Capo II - L'ambito operativo della legge*, 1970.
136. A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, 1970.
137. I. MANZONI, *Profili generali dei contributi di miglioria*, 1970.
138. R. BERTOLINO, *Ricerche sul giuramento dei vescovi - Contributo allo studio del diritto ecclesiastico subalpino* - Parte prima, 1971.
139. A. BARUCCHI, *La riproduzione del provvedimento amministrativo - Aspetti e problemi*, 1971.
140. S. SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*, 1971.
141. M. BIN, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e principio di eguaglianza*, 1971.
142. G. VALLATI, *La nazionalizzazione delle imprese - Problemi e prospettive*, 1971.
143. G. GAVAZZI, *L'onere - Tra la libertà e l'obbligo* - 1970.
144. G. S. PENE VIDARI, *Ricerche sul diritto agli alimenti* - I. *L'obbligo «ex lege» dei familiari nei giuristi dei secc. XII-XIV*, 1972.
145. F. PATETTA, M. CHIAUDANO, M. AMIETTA DELLA CORNA, F. FISICARO VERCELLI, A. LANGE, *L'Università di Torino nei secc. XVI e XVII*, 1972.
146. G. COTTRAU, *La tutela della donna lavoratrice* - I, 1971.
147. R. SACCO, *Introduzione al diritto privato somalo - Un paese africano inizia l'edificazione del socialismo*, 1973.
148. G. GROSSO, *Mario Allara - Commemorazione letta nell'Aula Magna dell'Università di Torino il 9 luglio 1973*, 1973.
149. N. SCAPINI, *La confessione nel diritto romano* - I. *Diritto classico*, 1973.
150. M. CICALA, *Diritto ecclesiastico e ordine pubblico*, 1974.
151. R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, 1974.

152. A. COMBA, *Organizzazione internazionale e ordinamento dello Stato*, 1974.
153. E. FERRERO, «Dichiarazione espressa», «dichiarazione tacita» e autonomia privata, 1974.
154. M. LONGO, *Il pubblico intervento nell'economia agraria operato dalla legge 15 settembre 1964 n. 756 - II - Capo III - Le finalità della legge - Capo IV - Gli strumenti tecnico-operativi della legge*, 1974.
155. A. MARTINO, *Le definizioni legislative*, 1975.
156. P. CATALANO, *Populus romanus quirites*, 1974.
157. F. GORIA, *Studi sul matrimonio dell'adultera nel diritto giustiniano e bizantino*, 1975.
158. P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, 1976.
159. P.L. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum - I. Profili funzionali*, 1976.
160. O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni - Profili funzionali*, 1976.
161. G. CAVALLI, *Contratti bancari su modulo e problemi di tutela del contraente debole*, 1976.
162. R. BERTOLINO, *Ricerche sul giuramento dei vescovi - Contributo allo studio del diritto ecclesiastico subalpino - Parte seconda*, 1976.
163. F. BONA, F. GALLO, F. GORIA, L. LANTELLA, M. SARGENTI, N. SCAPINI, P. L. ZANNINI, *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, 1976.

MEMORIE (SERIE III)

1. ANDREA BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, 1977.
2. ENRICO GENTA, *Ricerche sulla storia dell'ipoteca in Piemonte*, 1978.
3. ORESTE CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale - Contributo a una revisione della dottrina dell'eccessiva onerosità*, 1979.
4. FRANCO PIZZETTI, *Il sistema costituzionale delle autonomie locali*, 1979.
5. PIERLUIGI ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum*, 1979.
6. ALESSANDRO CROSETTI, *Profili giuridici della riorganizzazione sovracomunale del territorio*, 1979.
7. ANDREA BELVEDERE - MARIO JORI - LELIO LANTELLA, *Definizioni giuridiche e ideologiche*, 1979.
8. SERGIO CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, 1980.
9. PAOLO SCAPARONE, *La partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia*, I, 1980.
10. ALMA TESTORI CICALA, *Problematica del matrimonio religioso in relazione all'ordinamento penale statale*, 1980.
11. VALERIA DE LORENZI, *Classificazioni dogmatiche e regole operazionali in tema di responsabilità contrattuale*, 1981.
12. *Il modello di Gaio nella formazione del giurista* (Atti del Convegno torinese, 4-5 maggio 1978, in onore del prof. Silvio Romano), 1981.
13. PIERLUIGI ZANNINI, *Spunti critici per una storia del commodatum*, 1983.
14. GIUSEPPE PORRO, *L'integrazione giuridica nell'associazione europea di libero scambio*, 1983.
15. ROSARIO FERRARA, *Contributo allo studio della tutela del consumatore (profili pubblicistici)*, 1983.
16. CARLO EMANUELE GALLO, *Contributo allo studio dell'invalidità degli atti processuali nel giudizio amministrativo*, 1983.
17. NEVIO SCAPINI, *La confessione nel diritto romano*, II, *Diritto giustiniano*, 1983.

18. MASSIMO INTROVIGNE, *I due principi di giustizia nella teoria di Rawls*, 1983.
19. ALBA NEGRI, *Il giurista dell'area romanista di fronte all'etnologia giuridica*, 1983.
20. *Riflessioni sulle regioni* (Atti del convegno in memoria di FRANCO LEVI, Torino 15 maggio 1981), 1983.
21. MARIO ALLARA, *Dei beni*, 1984.
22. VITTORIO VILLA, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali*, 1984.
23. STEFANO SICARDI, *Maggioranza, minoranze e opposizione nel sistema costituzionale italiano*, 1984.
24. ROSARIO FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, 1985.
25. PAOLO FERCOLA, *La teoria del recesso e il rapporto di lavoro*, 1985.
26. PAOLO GARBARINO, *Ricerche sulla procedura di ammissione al senato nel tardo impero romano*, 1988.
27. ELISABETTA PALICI DI SUNI, *La regola e l'eccezione. Istituzioni parlamentari e potestà normative dell'esecutivo*, 1988.
28. GIORGIO LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, 1989.
29. ALESSANDRA ROSSI VANNINI, *Illecito depenalizzato-amministrativo. Ambito di applicazione*, 1990.
30. DAVIDE PETRINI, *Reati di pericolo e tutela della salute dei consumatori*, 1990.
31. ROBERTO CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, 1990.
32. GIOVANNI BATTISTA GARRONE, *Contributo allo studio del provvedimento impugnabile*, 1990.
33. GABRIELLA RAMPAZZI GONNET, *Il giudizio civile di rendiconto*, 1991.
34. GIUSEPPE GALLENCA, *Indipendenza della pubblica amministrazione e giudice penale nel sistema della giustizia amministrativa*, 1990.
35. ROBERTA ALUFFI BECK-PECCOZ, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei Paesi arabi*, 1990.
36. ROBERTO CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, 1990.
37. MASSIMO TUCCI, *Giudice civile e affievolimento del diritto soggettivo*, 1991.
38. GIACOMO OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, 1991.
39. NICOLÒ ZANON, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione*, 1991.
40. GIUSEPPE VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, 1992.

MEMORIE (SERIE IV)

1. CARLO MAIORCA, *La dinamica giuridica successoria*, 1992.
2. PAOLO GARBARINO, *Contributo allo studio del senato in età giustiniana*, 1992.
3. ROBERTO CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, 1992.
4. GIOVANNI BATTISTA GARRONE, *La concessione di opera pubblica negli ordinamenti italiano e comunitario*, 1993.
5. ROBERTO CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, 1993.
6. LUCIANO MICCO, *Razionalità legislativa e autonomia collettiva*, 1993.
7. MARIA GIOVANNA FALCONE CALVISI, *Il diritto di abitazione del coniuge superstite*, 1993.

8. PATRIZIA MACCHIA, *Normativa a tutela dell'ambiente e disciplina del sistema produttivo nell'ordinamento giuridico elvetico*, 1994.
9. EDOARDO GREPPI, *La disciplina giuridica internazionale della circolazione dei servizi*, 1994.
10. FRANCESCO CAPRIOLI, *L'archiviazione*, 1994.
11. ANNAMARIA POGGI, *Il sistema giurisdizionale tra «attuazione» e «adeguamento» della Costituzione*, 1995.
12. GIORGIO LICCI, *Teorie causali e rapporto di imputazione*, 1996.
13. DAVIDE PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, 1996.

MISCELLANEA (I SERIE)

1. V. BRONDI, *Scritti minori raccolti a cura della Facoltà di Giurisprudenza della regia Università di Torino*, con prefazione di SANTI ROMANO, 1934.
2. G. SOLARI, *Studi storici di filosofia del diritto*, con prefazione di LUIGI EINAUDI, 1949.
3. G. SEGRÈ, *Scritti vari di Diritto Romao*, con prefazione di GIUSEPPE GROSSO, 1952.
4. P. JANNACCONE, *Discussioni ed indagini economiche e finanziarie*, I, 1953; II, 1954.
5. B. DUSI, *Scritti giuridici*, a cura di PIRO SCHLESINGER - Due volumi, 1956.
6. G. SOLARI, *Filosofia del diritto privato - I - Individualismo e diritto privato*, 1959.
7. G. OTTOLENGHI, *Scritti vari di diritto internazionale*, con prefazione di RICCARDO MONACO, I, 1959; II, 1960.
8. F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, 1960.
9. F. PIERANDREI, *Scritti di Diritto Costituzionale*, con prefazione di LEOPOLDO ELIA - Tre volumi, 1964.
10. A. BERTOLA, *Scritti minori*, con premessa di GIUSEPPE OLIVERO - Tre volumi, 1967.
11. G. SOLARI, *Filosofia del diritto privato - II - Storicismo e diritto privato*, 1971.
12. P. BODDA, *Studi sull'atto amministrativo*, con premessa di ELIO CASETTA, 1973.
13. G. SEGRÈ, *Dalla radice pandettistica alla maturità romanistica. Scritti di diritto romano*, a cura di NEVIO SCAPINI e con prefazione di GIUSEPPE GROSSO, 1976.

MISCELLANEA (II SERIE)

1. G. TREVES, *Scritti giuridici*, 1982.
2. *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario dell'istituzione del Consiglio di Stato*, 1983.
3. G. OLIVERO, *Studia canonica*, presentazione di RINALDO BERTOLINO, 1987.
4. *Il nuovo codice di procedura penale visto dall'estero* (Atti del Seminario di Torino, 4-5 maggio 1990), a cura di MARIO CHIAVARIO, 1991.
5. *Maestri della facoltà di giurisprudenza torinese, Paolo Greco*, 1991.

MISCELLANEA (III SERIE)

1. *Diritto e processo nella esperienza romana*. Atti del Seminario torinese 4-5 dicembre 1991 in memoria di Giuseppe Provera, 1994.
2. *Atti del Convegno celebrativo 'Cento anni di giurisdizione amministrativa'*. Per il centenario dell'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato. Torino 10-12 novembre 1989, 1996.
3. *Scritti in onore di Elio Casetta*, 2001.

UNIVERSITÀ DI TORINO MEMORIE DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE

MEMORIE (SERIE V)

1. BARBARA LAVARINI, *Il giudizio abbreviato*, 1996.
2. MARIA ANTONIETTA LIGIOS, *Interpretazione giuridica e realtà economica dell'«instrumentum fundi» tra il I sec. a.C. e il III sec. d.C.*, 1996.
3. MARIO COMBA, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia*, 1996.
4. FABRIZIO FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, 1996.
5. PAOLO HERITIER, *Ordine spontaneo ed evoluzione nel pensiero di Hayek*, 1997.
6. FABRIZIO CASSELLA, *Profili costituzionali della rappresentanza: percorsi storici e comparatistici*, 1997.
7. ANDREA TRISCIUOGGIO, «*Sarta tecta, ultro tributa, opus publicum faciendum locare*». *Sugli appalti relativi alle opere pubbliche nell'età repubblicana e augustea*, 1998.
8. ANDREA GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, 1999.
9. GABRIELLA M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, 2000.
10. MARCO PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, 2000.
11. ORNELLA PORCHIA, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, 2001.
12. VINCENZO TURCHI, *Le disposizioni preliminari sul matrimonio nel processo di codificazione piano-benedettino*, 2001.
13. MASSIMO MIGLIETTA, «*Servus dolo occisus*». *Contributo allo studio del concorso tra 'actio legis Aquiliae' e 'iudicium ex lege Cornelia de sicariis'*, 2001.
14. MICHELE VELLANO, *L'Organo d'appello dell'OMC*, 2001.
15. MARIA MARGHERITA SALVADORI, *Gli appalti pubblici nell'Organizzazione Mondiale del Commercio e nella Comunità europea*, 2001.

Finito di stampare
nel mese di dicembre 2001
dalla litografia N. Libero
Fuorigrotta - Napoli

€ 24,79 (L. 48000)

ISBN 88-243-1424-4