CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE ELEANOR SHARPSTON presentate il 7 giugno 2007 [1]

1. Con il rinvio pregiudiziale in esame lo Hanseatisches Oberlandesgericht di Brema (Germania) chiede, in sostanza, alla Corte se il diritto comunitario osti a che un offerente sia privato in generale del diritto, conferitogli dalla direttiva 89/665 [2], di proporre ricorso contro decisioni adottate nell'ambito di una gara d'appalto per il fatto di non avere impugnato entro il termine fissato dal diritto nazionale una decisione che ha erroneamente escluso la gara di appalto dall'ambito di applicazione della menzionata direttiva.

2. La ricorrente nel procedimento principale ha presentato senza successo un'offerta per una gara d'appalto relativa alla fornitura di software indetta conformemente alla procedura nazionale. Essa ha successivamente eccepito, in primo luogo, che la gara d'appalto avrebbe dovuto essere indetta su scala comunitaria, dato che era stata superata la relativa soglia, e, in secondo luogo, che la successiva decisione di aggiudicazione era illegittima. Le censure sono state dichiarate irricevibili in quanto era scaduto il termine per contestare la scelta della procedura, cosicché non è stato possibile avvalersi del procedimento di ricorso previsto per gli appalti pubblici rientranti nell'ambito di applicazione del diritto comunitario.

3. Il rinvio pregiudiziale induce la Corte ad esaminare ulteriormente le circostanze in cui la fissazione di termini per proporre ricorso contro decisioni adottate nell'ambito di gare d'appalto può compromettere il principio di effettività posto a fondamento della direttiva 89/665.

Normativa pertinente

La direttiva 89/665

4. La direttiva 89/665 è intesa a garantire l'effettiva applicazione delle procedure di

1 — Lingua originale: l'inglese.

2 — Direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1).

aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi stabilite dalle direttive comunitarie. Essa istituisce a tal fine un sistema di ricorsi contro le infrazioni.

5. Sono rilevanti i seguenti 'considerando' della direttiva 89/665:

«[1] (...) le direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, in particolare (...) la direttiva 77/62/CEE del Consiglio del 21 dicembre 1976, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture [3], (...) non contengono disposizioni specifiche che permettano di garantirne l'effettiva applicazione;

[2] (...) i meccanismi attualmente esistenti, sia sul piano nazionale sia sul piano comunitario, per garantire tale applicazione non sempre permettono di garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette;

[3] (...) l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria rende necessario un aumento notevole delle garanzie di trasparenza e di non discriminazione e (...) occorre, affinché essa sia seguita da effetti concreti, che esistano mezzi di ricorso efficaci e rapidi in caso di violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscano tale diritto;

[4] (...)

[5] (...) la brevità delle procedure richiede un trattamento urgente delle violazioni di cui sopra;

(...)».

6. L'art. 1 della direttiva 89/665 recita:

«1. Gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli

3 — GU L 13, pag. 1. Tale direttiva è stata abrogata e sostituita dalla direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1), come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE (GU L 328, pag. 1), e dalla direttiva della Commissione 13 settembre 2001, 2001/78/CE (GU L 285, pag. 1). La direttiva 93/36 era a sua volta una delle direttive abrogate e sostituite dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114).

appalti pubblici disciplinati dalle direttive (...) 77/62/CEE e 92/50/CEE [4], le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e, in particolare, quanto più rapidi possibile, secondo le condizioni previste negli articoli seguenti, in particolare nell'articolo 2, paragrafo 7, qualora violino il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono.

2. (...)

3. Gli Stati membri garantiscono che le procedure di ricorso siano accessibili, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico di forniture (...) e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata. In particolare gli Stati membri possono esigere che la persona che desideri avvalersi di tale procedura abbia preventivamente informato l'autorità aggiudicatrice della pretesa violazione e della propria intenzione di presentare un ricorso».

7. L'art. 2 della direttiva 89/665 riguarda i rimedi che devono essere garantiti nell'ambito dei ricorsi. L'art. 2, n. 7, dispone che «[g]li Stati membri fanno sì che le decisioni prese dagli organi responsabili delle procedure di ricorso possano essere attuate in maniera efficace».

La direttiva 93/36 [5]

8. L'art. 10 della direttiva 93/36 stabilisce, inter alia, i termini minimi nelle procedure aperte per la ricezione di offerte di valore superiore alle soglie di applicazione della normativa comunitaria. L'art. 10, n. 1, prevede che tali procedure devono restare aperte per almeno 52 giorni a decorrere dalla data di spedizione del bando di gara. Tale termine può essere ridotto, di regola, fino a un minimo di 36 giorni, ma in nessun caso a meno di 22 giorni, qualora sia stato

4 — V. nota 2. La direttiva 92/50 è stata modificata dalle direttive 93/36, 97/52 e 2001/78, e abrogata, ad eccezione dell'art. 41 (che ha modificato l'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665), dalla direttiva 2004/18 (v. nota 3). Ai sensi dell'art. 2 della direttiva 92/50 (e, successivamente, dell'art. 1, n. 2, lett. d), secondo comma, della direttiva 2004/18), un appalto pubblico avente per oggetto tanto dei prodotti quanto dei servizi è considerato un appalto pubblico di servizi quando il valore dei servizi in questione supera quello dei prodotti oggetto dell'appalto. L'appalto in discussione nel caso di specie ha per oggetto sia prodotti (licenze per software) che servizi (formazione del personale e manutenzione), i cui rispettivi valori non emergono con chiarezza dagli atti. Pertanto non si può stabilire con certezza se l'appalto debba essere considerato un appalto di forniture o un appalto di servizi. Tuttavia, la soglia oltre la quale un appalto ricade nell'ambito di applicazione della direttiva 89/665 è la stessa in entrambi i casi.

5 — V. nota 3. Disposizioni analoghe all'art. 10, nn. 1 e 1 bis della direttiva 93/36 sono rinvenibili, per quanto riguarda gli appalti pubblici di servizi, nell'art. 18, nn. 1 e 2, della direttiva 92/50. Entrambe queste serie di disposizioni sono state successivamente sostituite dall'art. 38 nn. 2 e 4, della direttiva 2004/18.

previamente pubblicato un avviso informativo alle condizioni stabilite dall'art. 10, n. 1 bis.

La normativa tedesca [6]

9. La quarta parte della legge tedesca contro le restrizioni della concorrenza (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; in prosieguo: il «GWB») riguarda l'aggiudicazione degli appalti pubblici [7]. L'art. 100, n. 1, dispone che «[q]uesta parte si applica solo agli appalti di valore pari o superiore a quelli stabiliti nei regolamenti di cui all'art. 127 (soglie)» [8].

10. L'art. 107 del GWB riguarda i reclami alla commissione di controllo sulle aggiudicazioni. L'art. 107, n. 3, del GWB fissa i termini di ricorso alla commissione di controllo sulle aggiudicazioni contro presunte violazioni delle norme sugli appalti e dispone quanto segue:

«Il reclamo è irricevibile nel caso in cui il reclamante fosse già a conoscenza della presunta violazione della normativa in materia di appalti durante la procedura di aggiudicazione, ma non abbia presentato immediatamente reclamo all'amministrazione aggiudicatrice. Il reclamo è altresì irricevibile qualora non vengano dedotte violazioni della normativa in materia di appalti identificabili [9] in base al bando di gara emesso dall'amministrazione aggiudicatrice entro la scadenza del termine stabilito nel bando per la presentazione delle offerte o delle domande di partecipazione alla gara».

11. Il regolamento sugli appalti pubblici (Vergabeverordnung; in prosieguo: il «VgV») [10] fissa, inter alia, le soglie di cui all'art. 127, n. 1, del GWB [11]. All'epoca dei fatti, l'art. 2 del VgV disponeva:

«La soglia è:

(...)

6 — Nota relativa alla versione inglese delle conclusioni.

7 — Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen del 26 agosto 1998, BGBl I 1998, pag. 2521. La quarta parte è costituita dagli artt. 97-129 ed è suddivisa in tre sezioni, la seconda delle quali (artt. 102-124) riguarda le procedure di ricorso.

8 — L'art. 127, n. 1, del GWB autorizza il governo federale, previo assenso del Bundesrat (la Camera Alta del Parlamento federale), a recepire nel diritto tedesco mediante regolamento le soglie stabilite dalle direttive comunitarie in materia di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

9 — «[E]rkennbar» nell'originale tedesco.

10 — Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge del 9 gennaio 2001, BGBl I 2001, pag. 110.

11 — V. nota 8.

3. per tutti gli altri appalti di forniture o di servizi: EUR 200 000».

12. La parte A del capitolato per gli appalti pubblici di forniture e di servizi (Verdingungsordnung für Leistungen; in prosieguo: il «VOL/A») [12] stabilisce le modalità di aggiudicazione degli appalti di forniture e di servizi. L'art. 17 riguarda tra l'altro il contenuto del bando di gara. L'art. 17, nn. 1 e 2, recita:

«Il bando di gara deve almeno specificare:

(...)

c) la natura e l'entità dei prodotti o servizi da fornire (...)» [13].

Procedimento principale e questioni sottoposte alla Corte

13. Il 21 marzo 2005 o prima di questa data la convenuta nel procedimento principale, la Libera città anseatica di Brema (in prosieguo: «Brema»), indiceva una «gara nazionale conforme al VOL/A» relativa a un appalto per la fornitura di software [14]. Il termine per la presentazione delle offerte era fissato per il giorno 12 aprile 2005. Il bando di gara non specificava l'entità o il valore dell'appalto. Nella rubrica «Menge und Umfang» (quantità ed entità), il bando indicava quanto segue:

«Cercasi per il Ministro del Lavoro, delle Donne, della Salute, della Gioventù e degli Affari sociali di Brema un software standard per il trattamento informatico del settore SGB XII (Assistenza sociale agli adulti e sussidi economici) che soddisfi i requisiti elencati nel capitolato d'oneri. Il capitolato può essere scaricato gratuitamente dal sito internet www.vergabe.bremen.de. (...)».

12 — Versione 2002 del 17 settembre 2002, *Bundesanzeiger* n. 216a. Le sezioni 1 e 2 riguardano le aggiudicazioni di valore rispettivamente inferiore e superiore alla soglia comunitaria. Gli articoli corrispondenti delle due sezioni presentano la stessa numerazione. Il testo dell'art. 17, nn. 1 e 2, lett. c), è identico nelle due sezioni.

13 — «Diese Bekanntmachung soll mindestens folgende Angaben enthalten: (...) Art und Umfang der Leistung» nell'originale tedesco.

14 — Nota relativa alla versione inglese delle conclusioni.

14. La Lämmerzahl GmbH (in prosieguo: la «Lämmerzahl»), ricorrente nel procedimento principale, è una società a responsabilità limitata specializzata in software per enti pubblici. Essa otteneva regolarmente il capitolato, che comprendeva i tre documenti di seguito indicati.

15. In primo luogo, nel documento intitolato «Elenco dei prezzi/ripartizione dei prezzi 1» (in prosieguo: il «documento relativo ai prezzi») si chiedeva agli offerenti di specificare, nella sezione intitolata «Contratto di licenza», i prezzi unitari delle licenze complete per varie forcelle possibili del numero di licenze necessarie (11-50, 51-100, 101-200, 201-500 licenze). In subordine si chiedeva di indicare il prezzo unitario delle licenze per la sola lettura (1-5, 6-10, 11-50, 51-100 licenze). In ulteriore subordine, si chiedeva di indicare il prezzo di una «Landeslizenz» (licenza statale) [15]. Nella sezione intitolata «Appalto di servizi» si chiedeva agli offerenti di indicare il prezzo relativo alla formazione di circa 300 dipendenti e 10 dirigenti. Il documento non indicava il numero effettivo di licenze necessarie.

15 — Nella sua lettera del 6 aprile 2005 (v. infra, paragrafo 20) Brema affermava che la licenza statale sarebbe valsa per un numero illimitato di licenze da utilizzare a Brema e Bremerhaven.

16. In secondo luogo, il documento in cui era descritto l'oggetto del bando di gara (in prosieguo: il «documento relativo all'oggetto») specificava che avrebbero utilizzato il software circa 200 dipendenti del settore aiuti economici, 45 dei servizi sociali e 65 degli uffici centrali.

17. In terzo luogo, la «tabella dei prodotti e servizi» indicava un «numero minimo o stimato» di ognuno di essi. Anche in questo caso la tabella non specificava il numero totale di licenze necessarie.

18. La Lämmerzahl sollevava quattro questioni relative al capitolato d'oneri, cui Brema rispondeva con lettera 24 marzo 2005. In quella fase, la Lämmerzahl non formulava domande relative al numero di licenze, né riguardo all'entità o al valore dell'appalto.

19. Successivamente, in data 4 aprile 2005, la Lämmerzahl inviava a Brema un messaggio di posta elettronica con cui chiedeva ulteriori chiarimenti in merito al capitolato d'oneri. Con la prima domanda, essa chiedeva se i prezzi totali da indicare nell'offerta e la tabella dei prodotti e servizi si riferissero alla «somma dei prezzi del listino prezzi del contratto di licenza per 310 licenze (i 310 dipendenti menzionati nel [documento relativo all'oggetto]» o se si dovessero indicare

anche altri prezzi (ad esempio le spese di manutenzione e assistenza). Tre delle altre domande della e-mail della Lämmerzahl riguardavano «le suddette 310 licenze».

20. Brema rispondeva con lettera 6 aprile 2005. In risposta alla prima domanda, essa precisava che nell'offerta dovevano indicarsi il prezzo complessivo (prezzo totale delle licenze, spese di manutenzione e assistenza). Nessuna delle risposte di Brema menzionava o faceva espressamente riferimento al numero di 310 licenze indicato dalla Lämmerzahl nelle sue domande.

21. La Lämmerzahl presentava quindi un'offerta per 310 licenze, comprensiva di formazione e manutenzione, per EUR 603 500 netti. Essa veniva ammessa alla fase di collaudo insieme a una concorrente, la PROSOZ Herten GmbH (in prosieguo: la «PROSOZ»).

22. Il 6 luglio 2005 Brema scriveva alla Lämmerzahl che la sua offerta non poteva essere accolta perché economicamente non era stata la più vantaggiosa.

23. Il 14 luglio 2005 la Lämmerzahl presentava un reclamo scritto a Brema e il 21 luglio 2005 chiedeva di avviare la procedura di ricorso in materia di aggiudicazione. Essa affermava di aver saputo, a seguito di una consulenza legale del 14 luglio 2005, che Brema avrebbe dovuto indire una gara su scala comunitaria, anziché su scala nazionale, dato che il valore dell'appalto superava la soglia di EUR 200 000. La Lämmerzahl affermava inoltre che il suo software non era stato collaudato regolarmente.

24. Con ordinanza 2 agosto 2005 la Terza commissione di controllo sulle aggiudicazioni degli appalti pubblici della città di Brema (in prosieguo: la «commissione») dichiarava inammissibile l'istanza. Essa affermava che, quand'anche fosse stata superata la soglia stabilita e quindi non fosse stata seguita la procedura corretta, l'infrazione era identificabile in base al bando di gara. Di conseguenza, le istanze della Lämmerzahl non erano state presentate entro i termini di cui all'art. 107, n. 3, seconda frase, del GWB.

25. La Lämmerzahl adiva il giudice del rinvio. In primo luogo, essa negava che l'irregolarità nella scelta della procedura fosse identificabile in base al bando. In secondo luogo, essa ribadiva la censura relativa alla procedura di collaudo e alla scelta della procedura e faceva valere che l'offerta della PROSOZ era manifestamente incompleta e palesemente viziata da un inammissibile errore di calcolo che avrebbe dovuto comportarne il rigetto (in prosieguo: le «censure nel merito»).

26. Con ordinanza 7 novembre 2005 il giudice del rinvio negava la proroga dell'effetto sospensivo dell'impugnazione ritenendo che il reclamo non presentasse alcuna possibilità di successo. Esso accoglieva la conclusione della commissione secondo cui, vista la norma di decadenza di cui all'art. 107, n. 3, seconda frase, del GWB, la Lämmerzahl non aveva contestato entro i termini la scelta della procedura nazionale e il calcolo di Brema relativo al valore dell'appalto. All'impresa veniva quindi negata la possibilità di avvalersi della procedura di ricorso prevista dal GWB, applicabile solo alle procedure di aggiudicazione di appalti di valore superiore alla soglia.

27. Brema aggiudicava quindi l'appalto alla PROSOZ.

28. Nell'ordinanza di rinvio il giudice nazionale ammette che il valore dell'appalto era superiore alla soglia di EUR 200 000 [16]. Esso ritiene tuttavia che la Lämmerzahl non possa valersi della procedura di ricorso del GWB per effetto del termine di decadenza di cui all'art. 107, n. 3, seconda frase, della medesima legge.

29. Pur giungendo a tale conclusione, il giudice nazionale non si pronuncia in via definitiva sulla questione se, ai sensi del diritto nazionale, «identificabile in base al bando di gara» significhi che l'irregolarità deve poter essere rilevata unicamente in base al bando. Il giudice nazionale rileva che, se tale frase facesse riferimento anche ad altri documenti, la Lämmerzahl avrebbe dovuto capire in base agli elementi del capitolato d'appalto che la soglia sarebbe stata superata. In ogni caso, essa avrebbe dovuto capirlo dai suoi stessi calcoli. Se, invece, l'irregolarità dovesse essere identificabile unicamente in base al bando, l'assenza di qualsiasi indicazione del valore dell'appalto costituirebbe di per sé un'irregolarità identificabile, dato che tale omissione sarebbe contraria all'art. 17, nn. 1 e 2, lett. c), del VOL/A [17]. Essa impedirebbe inoltre all'offerente di chiedere la verifica della scelta della procedura e di contestarla, se del caso.

30. Nondimeno, il giudice nazionale manifesta riserve circa la possibilità che la sua ordinanza del 7 novembre 2005 privi gli offerenti del diritto a un mezzo di ricorso effettivo contro presunte violazioni del diritto comunitario, in contrasto con l'art. 1 della direttiva 89/665. Il giudice a quo ritiene

16 — Sembra che Brema avesse seguito la procedura di gara nazionale perché aveva calcolato un valore di EUR 150 000 (al 2004) per 150 licenze, anziché per 310.

17 — La Lämmerzahl definisce «dispositiva» tale norma del VOL/A. Il giudice del rinvio, tuttavia, afferma che il termine «soll» («deve») implica in generale l'obbligo di adempiere una disposizione, salvo motivi imperativi contrari. V. supra, paragrafo 12 e nota corrispondente. Il giudice a quo trae la propria interpretazione del termine «soll» dal titolo del VOL/A relativo alle «Definizioni generali».

che, in linea di principio, il termine di cui all'art. 107, n. 3, seconda frase, del GWB sia compatibile con la direttiva alla luce della giurisprudenza della Corte [18]. Tuttavia, qualora il valore dell'appalto venga erroneamente ritenuto inferiore alla soglia, la mancata contestazione entro i termini priverebbe l'offerente non solo della possibilità di eccepire tale irregolarità, ma anche di far valere le sue censure nel merito. Se un'amministrazione aggiudicatrice potesse privare di tutela effettiva un offerente non accorto mediante un'infrazione identificabile, ciò potrebbe dare adito ad abusi.

31. Il giudice nazionale si chiede inoltre se le conseguenze drastiche della decadenza si verifichino solo qualora l'offerente possa inequivocabilmente dedurre dal bando di gara che l'amministrazione aggiudicatrice presume che il valore dell'appalto sarà inferiore alla soglia.

32. Alla luce di tali considerazioni, il giudice del rinvio ha sospeso il procedimento principale e sottoposto alla Corte le due questioni seguenti:

«1. Se è compatibile con la direttiva 89/665/CEE, in particolare con il suo art. 1, nn. 1 e 3, che ad un offerente sia negata in via generale la possibilità di un ricorso contro la decisione di un'amministrazione aggiudicatrice di appalti pubblici per aver egli colposamente omesso di far valere entro i termini stabiliti dall'ordinamento nazionale un'infrazione della disciplina degli appalti pubblici vertente

a) sulla forma di appalto prescelta

o

b) sull'esattezza della determinazione del valore dell'appalto (valutazione manifestamente errata o poca trasparenza della determinazione)

mentre, determinato o determinando esattamente il valore dell'appalto, sarebbe possibile un ricorso contro altre infrazioni della disciplina degli appalti pubblici per le quali — singolarmente prese — i termini non sono ancora scaduti.

2. Se è necessario che il bando specificamente contenga indicazioni rilevanti per la determinazione del valore dell'appalto perché dalle infrazioni concernenti la stima di tale valore consegua una

18 — La Corte ha stabilito che la fissazione di termini di ricorso ragionevoli è compatibile con l'art. 1 della direttiva 89/665 (sentenza 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale-Bau e a., Racc. pag. I-11617, punti 75-79).

generale esclusione della tutela del diritto primario, e ciò anche nel caso in cui il valore determinato o determinabile esattamente superi la soglia».

33. Hanno presentato osservazioni scritte la Lämmerzahl, Brema, l'Austria, la Lituania e la Commissione. La Lämmerzahl, Brema e la Commissione hanno anche presentato ulteriori osservazioni all'udienza del 28 marzo 2007.

Sulla ricevibilità

34. Brema afferma che non sussistono le condizioni per un rinvio ai sensi dell'art. 234 CE. Il caso in esame verterebbe sull'applicazione particolare di una disposizione nazionale la cui conformità al diritto comunitario non sarebbe in discussione.

35. Non condivido questa tesi. Il problema soggiacente alla prima questione del giudice del rinvio è se l'art. 1 della direttiva 89/665 osti all'esclusione generale del diritto di ricorso in circostanze come quelle della causa principale.

36. Per quanto attiene alla seconda questione del giudice a quo, è vero che la Corte non può fornire un elenco preciso degli elementi che occorre indicare nei bandi di gara [19]. Tuttavia, essa è competente a interpretare i principi e le disposizioni di diritto comunitario pertinenti per aiutare il giudice nazionale a stabilire se essi siano stati violati in una determinata fattispecie.

37. La domanda di pronuncia pregiudiziale è quindi ricevibile.

Sulle questioni

Osservazioni preliminari

38. Le due questioni poste dal giudice del rinvio possono essere riformulate come segue:

1) Qualora un offerente abbia omesso di impugnare entro i termini stabiliti

19 — Il legislatore comunitario ha stabilito alcuni requisiti armonizzati per gli appalti di valore superiore alla soglia applicabile (v. nota 3).

dall'ordinamento nazionale la decisione con cui un appalto pubblico è stato escluso dall'ambito di applicazione della tutela comunitaria, se la direttiva 89/665 osti a che sia negato all'offerente il diritto di ricorso conferitogli dalla medesima direttiva contro ulteriori decisioni adottate nella procedura di gara.

2) Quali indicazioni debba contenere il bando di gara perché si possa concludere che il valore dell'appalto è stato erroneamente considerato inferiore alla soglia di tutela garantita dalla direttiva 89/665.

39. La seconda questione del giudice a quo riguarda la possibilità di individuare l'irregolarità di cui trattasi. Tale questione è decisiva per stabilire se un termine per eccepire tale irregolarità sia compatibile con il diritto comunitario. Pertanto esaminerò congiuntamente le due questioni sollevate. La maggior parte dei soggetti che hanno presentato osservazioni ha sostanzialmente adottato questo approccio.

Osservazioni

40. La Lämmerzahl afferma che un termine come quello di cui all'art. 107, n. 3, seconda frase, del GWB, benché compatibile in linea di principio con la direttiva 89/665, costituisce una deroga al diritto di ricorso. Di conseguenza, la frase «identificabile in base al bando di gara» andrebbe interpretata restrittivamente e non potrebbe essere estesa all'individuazione di un'omissione, la cui contestazione consenta a sua volta di individuare l'errore commesso da Brema nel calcolo del valore dell'appalto. Tale errore — e la susseguente scelta erronea della procedura — non sarebbe identificabile in base al bando di gara. Pertanto sarebbe stato impossibile o eccessivamente difficile per la Lämmerzahl esercitare i diritti conferitile dal diritto comunitario.

41. La Lituania osserva che quando un termine inizia a decorrere dalla pubblicazione del bando i diritti conferiti agli offerenti dall'ordinamento comunitario sono effettivamente tutelati solo se in quel momento essi dispongono di informazioni complete e obiettive in merito all'entità dell'appalto. In caso contrario, il termine dovrebbe iniziare a decorrere solo dopo che gli offerenti abbiano avuto conoscenza dell'errore procedurale in questione o abbiano avuto la possibilità di rilevarlo.

42. Brema ritiene che l'art. 107, n. 3, seconda frase, del GWB sia compatibile con la direttiva 89/665. Il criterio dell'identificabilità garantisce che l'esercizio dei diritti di un offerente conferiti dall'ordinamento comunitario non sia reso impossibile o eccessiva-

mente difficile. L'indicazione, nel bando di gara, del valore stimato dell'appalto potrebbe determinare distorsioni della concorrenza. Sarebbe sufficiente che un operatore di mercato mediamente esperto possa calcolare il valore dell'appalto in base alle informazioni fornite. In udienza, Brema ha osservato che, anche in mancanza del diritto di ricorso ai sensi della direttiva 89/665, l'ordinamento nazionale offriva mezzi di ricorso di carattere generale. Essa ha ammesso tuttavia che questi ultimi erano meno efficaci rispetto alla procedura prevista dal GWB.

43. L'Austria ritiene che l'esclusione generalizzata dalla procedura di ricorso comunitaria, conseguente all'omessa contestazione entro i termini dell'irregolarità in questione, sia compatibile con la direttiva 89/665, purché l'applicazione del termine nel singolo caso non costituisca una violazione del principio della tutela effettiva.

44. La Commissione adotta una posizione analoga. Essa rileva che la sanzione della decadenza garantisce che le irregolarità vengano contestate appena possibile, il che sarebbe auspicabile, viste le possibili conseguenze derivanti dall'obbligo di riavviare la procedura di gara. In udienza, la Commissione ha affermato che l'omessa contestazione entro i termini di un'irregolarità dovrebbe determinare la decadenza solo qualora l'offerente potesse identificare l'irregolarità o avesse dovuto identificarla se avesse agito con l'attenzione che ci si può attendere da un operatore esperto e diligente.

45. La Commissione ritiene inoltre che i principi fondamentali del Trattato CE, quali i principi di uguaglianza e di trasparenza, siano applicabili anche agli appalti di valore inferiore alla soglia comunitaria [20].

Analisi

46. Il principio comunitario di effettività costituisce il fulcro della tutela garantita dalla direttiva 89/665. La Corte ha da tempo dichiarato che tale principio osta a che l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario venga reso praticamente impossibile o eccessivamente difficile [21].

47. I primi tre 'considerando' della direttiva 89/665 sottolineano infatti che lo scopo della direttiva consiste nel garantire l'effettiva

20 — Nelle conclusioni relative alla causa C-195/04, Commissione/Finlandia (Racc. pag. I-3351), ho analizzato a fondo tale argomento.

21 — V., ad esempio, sentenze 14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck (Racc. pag. I-4599, punto 12 e giurisprudenza ivi citata), e 13 marzo 2007, causa C-432/05, Unibet (Racc. pag. I-2271, punto 43 e giurisprudenza ivi citata).

applicazione delle direttive comunitarie di armonizzazione in materia di appalti pubblici, istituendo un sistema di mezzi di ricorso in caso di «violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscano tale diritto». L'art. 1, n. 1, stabilisce che le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici devono essere oggetto di un ricorso efficace. L'art. 2, n. 7, richiede che le decisioni adottate dagli organi responsabili delle procedure di ricorso possano essere attuate in maniera efficace.

48. Il secondo e il quinto 'considerando' sottolineano tuttavia che le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici si caratterizzano per la loro brevità. Di conseguenza, eventuali violazioni vanno esaminate con urgenza, in una fase in cui possano essere corrette. La rapidità dei ricorsi è pertanto considerata un aspetto dell'effettività ed è espressamente menzionata nel terzo 'considerando' e nell'art. 1, n. 1.

49. La direttiva 89/665 prevede quindi la possibilità di impugnare una decisione anche prima che abbia effettivamente causato un danno. Conformemente all'art. 1, n. 3, tale possibilità è garantita a «chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico di forniture (...) e che sia stato o *rischi di essere* leso a causa di una violazione denunciata» (il corsivo è mio). Nella stessa ottica, l'art. 1, n. 3, consente agli Stati membri di esigere che l'interessato informi preventivamente l'autorità aggiudicatrice della propria intenzione di presentare un ricorso, sottolineando in tal modo l'esigenza di tentare di risolvere le questioni controverse il più rapidamente possibile.

50. La direttiva non autorizza espressamente l'uso di termini di decadenza per presentare ricorso contro le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici. In linea di massima, tuttavia, la fissazione di siffatti termini in forza della normativa nazionale di attuazione è compatibile con l'esigenza di un ricorso rapido, dato che diventa presto impraticabile rovesciare tali decisioni. Inoltre, la Corte ha da tempo ammesso che termini ragionevoli costituiscono un'applicazione del fondamentale principio della certezza del diritto [22].

51. Nella sentenza Universale-Bau [23] la Corte ha dichiarato che la direttiva 89/665 non osta a che la normativa nazionale fissi un termine ragionevole per proporre ricorso contro la decisione di un'amministrazione aggiudicatrice. Un termine è ragionevole se risponde sia al principio di effettività sancito

22 — V. sentenza 16 maggio 2000, causa C-78/98, Preston e a. (Racc. pag. I-3201, punto 33 e giurisprudenza ivi citata).

23 — Citata alla nota 18.

dalla direttiva che al principio della certezza del diritto [24].

52. L'esigenza di ponderare questi due principi distingue i termini di decadenza dalle disposizioni derogatorie, cui la Lämmerzahl tenta di equipararli. In diritto comunitario esistono molti tipi di deroghe, giustificate per vari motivi. Spesso tali deroghe costituiscono eccezioni ai diritti conferiti dal Trattato CE o ad altri principi generali. Di regola, le deroghe in questione sono ammesse se risultano necessarie per tutelare specifici interessi. Per garantire l'effettività di principi di rango superiore, le deroghe vengono normalmente interpretate in senso restrittivo. I termini di decadenza, d'altro canto, garantiscono il giusto equilibrio tra i diritti dei singoli e il più ampio interesse pubblico. Tuttavia, dato che costituiscono restrizioni di diritti, i suddetti termini vanno esaminati attentamente onde stabilire se la loro applicazione leda di fatto il principio della tutela effettiva.

53. La Corte ha svolto tale esame nella sentenza Santex [25]. In quell'ambito, essa ha elaborato la giurisprudenza Universale-Bau e ha applicato criteri stabiliti nella giurisprudenza precedente [26] alla questione della ragionevolezza dei termini nel contesto della direttiva 89/665. La Corte ha dichiarato che una norma di preclusione dev'essere esaminata «tenendo conto, in particolare, del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, nonché dello svolgimento e delle peculiarità di quest'ultimo». Infatti, anche se un termine, di per sé, non è contrario al principio di effettività, la sua applicazione nelle circostanze di una singola fattispecie potrebbe renderlo tale [27].

54. Nella sentenza Grossmann Air Service la Corte ha stabilito che gli obiettivi di rapidità ed efficacia della direttiva 89/665 impongono all'interessato che sia a conoscenza di un'irregolarità di eccepirla [28], e ha mostrato scarsa comprensione per il ricorrente che aveva atteso la decisione di aggiudicazione prima di far valere un'asserita irregolarità del bando di gara [29].

55. Il criterio della conoscenza o della consapevolezza di un'irregolarità da parte

24 — Sentenza Universale-Bau, punti 76 e 77.

25 — Sentenza 27 febbraio 2003, causa C-327/00, Santex (Racc. pag. I-1877, punti 49-66).

26 — Sentenza Peterbroeck (citata alla nota 21), punto 14.

27 — Ibidem, punti 56 e 57.

28 — Sentenza 12 febbraio 2004, causa C-230/02, Grossmann Air Service (Racc. pag. I-1829, punto 37).

29 — Il ricorrente in quella causa riteneva che le specifiche del bando di gara fossero discriminatorie nei suoi confronti. Prima della decisione di aggiudicazione egli non aveva contestato tale specifiche e non aveva presentato offerte. La Corte ha dichiarato che il mancato riconoscimento in tali circostanze dell'interesse ad ottenere l'appalto in questione non era tale da pregiudicare l'efficacia pratica della direttiva 89/665.

di un offerente è posto a fondamento non solo della sentenza Grossman, ma anche di altre pronunce. Il principio di effettività viene messo in discussione se il termine per eccepire un'irregolarità inizia a decorrere prima che l'offerente abbia avuto conoscenza della stessa, o se un offerente viene penalizzato in altro modo per non avere sollevato una contestazione in una fattispecie in cui non conosceva e non poteva conoscere un'irregolarità. Nella causa Santex l'offerente non aveva avuto conoscenza dell'interpretazione data dall'amministrazione aggiudicatrice alla clausola controversa fino alla scadenza del termine [30], e pertanto non poteva essere privato della possibilità di proporre ricorso. Nella causa GAT, una controversia che non verteva su un termine di decadenza, la Corte ha dichiarato che il ricorrente non poteva essere privato del diritto di chiedere il risarcimento del danno causato da una decisione per il fatto che una precedente decisione era illegittima. In quel caso, la decisione precedente non era stata impugnata e pertanto il ricorrente non era necessariamente consapevole della sua irregolarità [31].

56. Dalla giurisprudenza della Corte sopra descritta emerge che la fissazione di un termine ai sensi del diritto nazionale per l'esercizio del diritto di ricorso sancito dalla direttiva 89/665 è compatibile con il diritto comunitario, purché tale termine non renda l'esercizio del suddetto diritto praticamente impossibile o eccessivamente difficile. Per stabilire se ciò si verifichi nella fattispecie occorre esaminare non solo la durata del termine, ma anche le caratteristiche della procedura di ricorso in cui esso interviene. La consapevolezza è una fattore chiave. Benché gli obiettivi di rapidità ed efficacia pratica della direttiva impongano all'interessato di eccepire le irregolarità di cui sia a conoscenza, egli tuttavia non può essere privato del suo diritto per effetto di un termine di decadenza decorso per motivi di cui egli non avrebbe potuto essere a conoscenza.

57. Può un termine di decadenza essere comunque compatibile con il diritto comunitario se la mancata denuncia di un'irregolarità entro i termini priva l'offerente anche della possibilità di denunciare eventuali ulteriori irregolarità successive della procedura di gara? Si tratta certamente di una sanzione drastica. Ma è una sanzione ammissibile?

58. È pacifico che la conseguenza della mancata contestazione entro i termini della scelta della procedura nazionale porta, per

30 — Sentenza Santex, punto 60.

31 — Sentenza 19 giugno 2003, causa C-315/01 (Racc. pag. I-6351, punti 53 e 54); v. anche le conclusioni dell'avvocato generale Geelhoed, paragrafo 46.

effetto del principio generale di legalità, a far prevalere la procedura e la gara d'appalto si pone quindi al di fuori dell'ambito di applicazione della direttiva. Tale situazione va tenuta distinta da quella della causa GAT, in cui la Corte ha dichiarato che, poiché ogni decisione adottata da un'amministrazione aggiudicatrice in una gara pubblica può essere impugnata in forza della direttiva 89/665, non si può negare a un offerente il diritto di chiedere il risarcimento dei danni causati da una presunta decisione di aggiudicazione illegittima per il fatto che una decisione precedente ha reso illegittima la procedura (senza tuttavia sottrarla dall'ambito di applicazione della direttiva) [32].

59. Si potrebbe stabilire un'eccezione alla regola della sentenza Universale-Bau e ritenere che non si possa assoggettare a termini di decadenza la possibilità di contestare una decisione che abbia erroneamente sottratto una specifica procedura di gara dall'ambito della tutela comunitaria. Mi sembra che questa non sia una soluzione adeguata. In primo luogo, essa sconvolgerebbe l'equilibrio tra effettività e certezza del diritto che la direttiva 89/665 mira a garantire. In secondo luogo, un offerente potrebbe essere indotto a non contestare la procedura (che, dopo tutto, potrebbe operare a suo favore, limitando la concorrenza), a meno che, o finta
ntoché, non abbia scoperto, attraverso la decisione di aggiudicazione, di avere effettivamente interesse al diritto a un ricorso ai sensi della direttiva 89/665.

60. Mi sembra che la tesi secondo cui si dovrebbe concedere un termine più lungo nel caso in cui l'inosservanza dei termini abbia conseguenze drastiche sollevi altrettanti problemi quanti ne risolve.

61. Concludo pertanto che un termine per impugnare decisioni adottate nell'ambito di una gara d'appalto è compatibile con il principio di effettività, nonché con le esigenze di rapidità e di certezza del diritto, anche qualora l'omessa contestazione entro i termini di un'irregolarità privi un offerente della tutela della procedura di ricorso garantita dalla direttiva 89/665.

62. Passo ora ad esaminare il termine e le sue particolari caratteristiche nel caso di specie.

63. Il termine di decadenza stabilito dall'art. 107, n. 3, seconda frase, del GWB

32 — Sentenza GAT (citata alla nota 31), punti 51-54.

decorre dalla pubblicazione del bando di gara fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte. Nella fattispecie, sembra che il termine fosse di almeno 23 giorni [33]. Poiché il legislatore comunitario ritiene che un termine di 22 giorni sia sufficiente per predisporre e presentare un'offerta [34], sarebbe difficile sostenere che 23 giorni non sono sufficienti per eccepire una presunta irregolarità. Tale termine di ricorso, in linea di principio, non sembra incompatibile con il principio di effettività posto a fondamento della direttiva 89/665, soprattutto alla luce dell'esigenza di rapidità della procedura di ricorso, sottolineata dalla medesima direttiva [35].

64. Tuttavia, la peculiarità del termine di cui all'art. 107, n. 3, seconda frase, del GWB consiste nel fatto che esso inizia a decorrere se la presunta irregolarità in questione è identificabile in base al bando di gara.

65. Qual è, dunque, il grado o il tipo di conoscenza di un'irregolarità che si può attribuire a un offerente senza violare il principio di effettività soggiacente alla direttiva 89/665?

66. Mi sembra che la condizione della conoscenza effettiva, o soggettiva, da parte dell'offerente si porrebbe in contrasto con l'esigenza della certezza del diritto. Inoltre, in circostanze come quelle del caso di specie, potrebbe risultare difficile provare che un offerente aveva effettivamente conoscenza di un'irregolarità e l'obbligo di fornire tale prova sarebbe poco compatibile con l'esigenza di rapidità della procedura di ricorso.

67. Sembra quindi preferibile formulare la regola in termini di conoscenza standard, presunta o oggettiva. La Corte applica già un criterio oggettivo per quanto riguarda la capacità dell'offerente di interpretare i criteri di aggiudicazione alla luce del principio della parità di trattamento nelle gare pubbliche, ossia quello della capacità degli «offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti» [36]. La stessa formula sembra adeguata per stabilire quale conoscenza di

33 — V. supra, paragrafo 13.

34 — V. supra, paragrafo 8.

35 — Secondo quanto emerge da una ricerca compiuta dai servizi della Corte, tali termini per contestare i bandi di gara rientrano nella media dei termini adottati dagli altri Stati membri. Nei paesi osservati, in cui il bando di gara è considerato un atto suscettibile di controllo giurisdizionale e il riesame dello stesso è previsto sia espressamente che nel contesto di un sistema generale di controllo, si applicano i seguenti termini: 7 o 14 giorni a seconda della procedura (Austria, Polonia), 14 giorni (Finlandia), 15 giorni (Ungheria), un mese (Portogallo), il termine per la presentazione delle offerte (Slovenia), due mesi (Grecia, Spagna), tre mesi (Irlanda, Regno Unito). Nessun termine è stabilito in Francia o in Lussemburgo. In Danimarca, nei Paesi Bassi e in Svezia, il bando di gara può essere contestato anche dopo la firma del contratto.

36 — Sentenza 18 ottobre 2001, causa C-19/00, SIAC (Racc. pag. I-7725, punto 42). Una formula alternativa, derivante dal settore della tutela delle legittime aspettative, è quella dell'«operatore economico prudente ed accorto» (v., ad esempio, sentenza 22 giugno 2006, cause riunite C-182/03 e C-217/03, Belgio e Forum 187 ASBL/Commissione, Racc. pag. I-5479). Brema e la Commissione hanno suggerito altre possibili formule (v. supra, paragrafi 42 e 44).

un'irregolarità nella procedura di gara sia ragionevole attribuire a un offerente.

68. Si può presumere che un offerente «ragionevolmente informato e normalmente diligente» abbia esperienza nella presentazione di offerte nel suo specifico settore. Ci si può anche attendere che un offerente abbia una conoscenza generale e la consapevolezza dei fattori giuridici fondamentali che incidono sui mercati in cui opera. Nel contesto della presente controversia, ciò comporterebbe una conoscenza generale delle procedure di gara nazionali e comunitarie e delle relative soglie, comprese le possibilità di impugnare le decisioni conformemente ad entrambe le procedure e i relativi termini di ricorso.

69. Quali informazioni occorrono perché un offerente, in circostanze come quelle della presente controversia, possa stabilire che la procedura non è stata scelta correttamente?

70. Non condivido la tesi di Brema secondo cui la pubblicazione del valore stimato dell'appalto falserebbe la concorrenza. Dopo tutto, la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici, uno dei cui obiettivi principali consiste nella promozione della concorrenza, richiede in alcuni casi la pubblicazione del valore stimato dell'appalto [37].

71. Poiché la scelta della procedura dipende dal valore complessivo stimato dell'appalto, le informazioni devono consentire all'offerente di calcolare tale valore. Quest'ultimo sarebbe riferibile non solo ai prodotti da fornire, ma anche al costo di eventuali attività di assistenza, formazione o manutenzione incluse nell'appalto. Condivido l'osservazione svolta dalla Lituania su questo punto, secondo cui solo un'indicazione chiara e completa dell'entità o del valore del progetto consente all'offerente di calcolare il valore complessivo stimato in base alla sua esperienza e alla sua conoscenza dei prezzi di mercato.

72. L'esistenza di tale condizione relativa all'informazione, unitamente all'applicazione del criterio della conoscenza e dell'esperienza attribuibile a un offerente ragionevolmente informato e normalmente diligente, dovrebbe fugare i timori espressi dal giudice del rinvio per quanto riguarda potenziali abusi da parte un'amministrazione aggiudi-

37 — V. allegato VII A alla direttiva 2004/18 (citata alla nota 3), entrata in vigore dopo i fatti della presente controversia. Nei bandi di gara relativi ad appalti quadro occorre indicare il valore totale stimato dei lavori, delle forniture o dei servizi. Nelle procedure di preinformazione relative ad appalti pubblici di forniture vanno indicati sia il quantitativo che il valore dei prodotti da fornire.

catrice che approfitti di un offerente non accorto [38].

73. Ritengo che tali informazioni non debbano essere necessariamente contenute nel bando di gara. È ragionevole attendersi che un offerente tenga conto dei riferimenti contenuti nel bando ad altri documenti, sempreché sia chiaramente indicato dove si possono ottenere tali documenti. A tale riguardo, la Corte ha già dichiarato che i criteri di aggiudicazione sono compatibili con il principio della parità di trattamento se sono menzionati nel capitolato d'oneri o nel bando di gara [39]. Se le necessarie informazioni che definiscono la portata dell'appalto sono contenute nel capitolato d'oneri, il termine per eccepire un'irregolarità inizia a decorrere solo dopo che l'offerente abbia ottenuto tali informazioni, o abbia avuto la possibilità di ottenerle agendo tempestivamente.

74. Tuttavia, non credo che la semplice mancanza, nel bando di gara originale, di un'indicazione della presunta entità o del valore stimato dell'appalto sia sufficiente per far capire a un offerente ragionevolmente informato e normalmente diligente che l'amministrazione aggiudicatrice aveva calcolato erroneamente il valore dell'appalto. Anche se tale assenza costituisce di per sé un'irregolarità, mi sembra che imporre all'offerente di eccepirla, onde poter verificare se essa celi un'ulteriore irregolarità idonea a ledere i suoi diritti, renda l'esercizio di tali diritti eccessivamente difficile, soprattutto se si considera il termine di decadenza. Ciò vale a fortiori se è quanto meno dubbia l'efficacia vincolante della disposizione dell'art. 17, nn. 1 e 2, lett. c), del VOL/A, secondo cui occorre indicare l'entità dell'appalto [40].

75. Spetta in definitiva al giudice nazionale, in quanto giudice unico dei fatti, stabilire se e in quale momento un offerente ragionevolmente informato e normalmente diligente avrebbe dovuto rilevare che non era stata seguita la procedura corretta. Tuttavia possono essere utili le seguenti osservazioni.

76. Nel caso di specie, il capitolato d'oneri poteva essere immediatamente scaricato dal sito Internet di Brema. Tuttavia, non risulta che il bando in sé o il capitolato d'oneri indicassero l'entità o il valore del progetto.

77. È vero che la parte del documento relativo ai prezzi dedicata all'«appalto di

38 — V. supra, paragrafo 30.

39 — Sentenza SIAC (citata alla nota 36), punti 40 e 42.

40 — V. supra, paragrafo 29 in fine.

servizi» menzionava specificatamente la formazione di circa 300 dipendenti e 10 dirigenti, e che il documento relativo all'oggetto indicava che circa 310 dipendenti avrebbero utilizzato il sistema. Tuttavia, la richiesta di indicare i prezzi unitari per varie forcelle possibili del numero di licenze nella parte del documento relativo ai prezzi dedicata al «contratto di licenza» avrebbe potuto essere interpretata nel senso che si sarebbe potuto prendere in considerazione anche un numero inferiore di licenze, o che non era ancora stato stabilito il numero definitivo di licenze (né tanto meno quante sarebbero state le licenze complete e quelle parziali) [41].

78. La Lämmerzahl ha contattato Brema almeno in due occasioni per avere ulteriori informazioni sul bando di gara. Nella seconda serie di domande, essa ha precisato che presumeva occorressero 310 licenze. Tale circostanza, tuttavia, non è mai stata espressamente confermata da Brema. Si può solo rilevare che Brema, non avendo smentito tale cifra nella risposta del 6 aprile 2005, ha tacitamente confermato la tesi della Lämmerzahl secondo cui sarebbero occorse all'incirca 310 licenze.

79. In breve, risulta che né il bando di gara e il capitolato, né le informazioni fornite successivamente da Brema indicavano espressamente quante licenze fossero necessarie. Nondimeno, è chiaro che la Lämmerzahl ha presentato un'offerta il cui valore era tre volte superiore alla soglia delle gare d'appalto su scala comunitaria.

80. In tale contesto spetta al giudice nazionale stabilire se, alla luce di tutte le circostanze, l'applicazione dell'art. 107, n. 3, seconda frase, del GWB garantisse una tutela effettiva. La soluzione sarebbe affermativa se le informazioni contenute nel bando di gara o nel capitolato d'oneri avessero consentito a un offerente ragionevolmente informato e normalmente diligente di rilevare che non era stata seguita la procedura corretta. Se non si può interpretare la suddetta disposizione in modo compatibile con l'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665, occorre disapplicare la prima [42] e applicare la seconda, che ha efficacia diretta [43].

41 — L'incongruenza fra le diverse forcelle di numeri di licenze e la cifra di 310 dipendenti non può essere interamente spiegata con la possibile intercambiabilità tra licenze complete e licenze parziali. Il numero massimo di licenze parziali di cui si chiedeva il prezzo era 100, e le prime tre fasce per le quali si chiede di indicare il prezzo della licenza completa sono inferiori al numero (210) occorrente per portare il totale a 310.

42 — V. sentenza Santex (citata alla nota 25), punti 63-65 e giurisprudenza ivi citata.

43 — V. sentenza 2 giugno 2005, causa C-15/04, Koppensteiner (Racc. pag. I-4855, punto 38).

Conclusione

81. Pertanto, propongo alla Corte di riunire le questioni sottopostele e di risolverle come segue:

«Qualora un offerente non abbia rispettato i termini di decadenza stabiliti dalla normativa nazionale per contestare la scelta di una procedura che ha erroneamente escluso una gara d'appalto dall'ambito di applicazione della tutela comunitaria, la direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, non osta a che l'offerente sia privato del diritto, previsto dalla medesima direttiva, di impugnare successive decisioni adottate nell'ambito della procedura di gara, purché l'applicazione del termine di decadenza non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile contestare la scelta della procedura nelle circostanze del caso di specie. Ciò si verifica se le informazioni fornite nel bando di gara o nel capitolato d'oneri non sono sufficienti per consentire a un offerente ragionevolmente informato e normalmente diligente di rilevare che non era stata seguita la procedura corretta. Spetta al giudice nazionale accertare tale circostanza nella singola fattispecie».