CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE JEAN MISCHO

presentate il 25 febbraio 2003 [1]

1. Il Bundesvergabeamt (Austria) chiede alla Corte di pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 1, n. 3, della 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 [2], come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi [3] (in prosieguo: la «direttiva 89/665»).

2. Essendo chiamato a dirimere una controversia relativa ad un operatore economico che non si è avvalso della procedura di conciliazione prevista dal diritto austriaco, il Bundesvergabeamt chiede se la disposizione citata debba essere intesa nel senso che l'operatore economico ha interesse ad ottenere l'appalto soltanto se ha adottato tutte le misure a sua disposizione in forza della normativa nazionale perché l'appalto non sia attribuito ad un altro offerente, ma sia la sua offerta ad essere accolta.

1 — Lingua originale: il francese.
2 — GU L 395, pag. 33.
3 — GU L 209, pag. 1.

I — Contesto giuridico

A — *La normativa comunitaria*

3. L'art. 1, nn. 1 e 3, della direttiva 89/665 dispone:

«1. Gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalle direttive 71/305/CEE e 77/62/CEE, le decisioni prese dalle autorità 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.

(...)

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 o di lavori 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».

4. Ai sensi dell'art. 2, nn. 1 e 6, della stessa direttiva:

«1. Gli Stati membri fanno sì che i provvedimenti presi ai fini dei ricorsi di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che permettano di:

a) prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici;

b) 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'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione;

c) accordare un risarcimento danni alle persone lese dalla violazione.

(...)

6. Gli effetti dell'esercizio dei poteri di cui al paragrafo 1 sul contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione dell'appalto sono determinati dal diritto nazionale.

Inoltre, salvo nel caso in cui una decisione debba essere annullata prima della concessione di un risarcimento danni, uno Stato membro può prevedere che, dopo la stipulazione di un contratto in seguito all'aggiudicazione dell'appalto, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso si limitino alla concessione di un risarcimento danni a qualsiasi persona lesa da una violazione.

(...)».

B — *La normativa nazionale*

5. La direttiva 89/665 è stata trasposta nel diritto austriaco dal Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 1997) (legge federale del 1997 sull'aggiudicazione degli appalti, BGBl. I, 1997/56, in prosieguo: il «BVergG»). Il BVergG prevede l'istituzione di una Bundes-Vergabekontrollkommission (Commissione federale di controllo sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, in prosieguo: la «B-VKK»), e di un Bundesvergabeamt (ufficio federale delle aggiudicazioni).

6. L'art. 109 del BVergG definisce le competenze della B-VKK. Esso contiene le seguenti disposizioni:

«(1) La B-VKK è competente:

1) fino all'aggiudicazione dell'appalto, a conciliare discordanze di valutazione che sorgono tra gli organi di aggiudicazione e uno o più offerenti o concorrenti circa l'esecuzione della presente legge federale o dei suoi regolamenti di attuazione;

(...)

(6) La domanda di intervento della B-VKK, ai sensi del n. 1, sub 1, dev'essere presentata alla direzione della stessa nel più breve tempo possibile dopo aver avuto conoscenza della discordanza di valutazione.

(7) Qualora la B-VKK non intervenga a seguito di una domanda proposta dall'amministrazione aggiudicatrice, essa deve informare quest'ultima senza ritardo del suo intervento.

(8) L'amministrazione aggiudicatrice non può procedere all'aggiudicazione dell'appalto prima che siano trascorse quattro settimane a decorrere dalla (...) notifica prevista al n. 7, a pena di nullità della stessa aggiudicazione (...)».

7. L'art. 113 del BVergG stabilisce le competenze del Bundesvergabeamt. Esso prevede quanto segue:

«(1) Il Bundesvergabeamt è competente a svolgere, su istanza, la procedura di ricorso prevista dalle disposizioni del capitolo seguente.

(2) Fino al momento dell'aggiudicazione il Bundesvergabeamt è competente, per far cessare violazioni della presente legge federale e dei suoi regolamenti di esecuzione

1) ad adottare misure transitorie, come anche 2) ad annullare decisioni illegittime dell'amministrazione aggiudicatrice.

(3) Dopo l'aggiudicazione dell'appalto o dopo la conclusione della procedura d'appalto, il Bundesvergabeamt è competente a stabilire se l'appalto non è stato aggiudicato al miglior offerente a causa di una violazione della presente legge federale o dei regolamenti connessi (...)».

8. L'art. 115, n. 1, del BVergG così dispone:

«Un imprenditore che affermi di avere un interesse alla conclusione di un contratto che rientra nella sfera di applicazione della presente legge federale, può impugnare per illegittimità una decisione adottata dall'autorità aggiudicatrice nel corso della procedura d'appalto, se dall'illegittimità fatta valere gli è derivato o rischia di derivargli un danno».

9. Conformemente all'art. 122, n. 1, del BVergG,

«in caso di violazione dolosa della presente legge federale o dei suoi regolamenti di attuazione, da parte delle autorità competenti di un'amministrazione aggiudicatrice, (u)n offerente o un concorrente, la cui offerta non sia stata accolta, ha diritto all'indennizzo per le spese di elaborazione dell'offerta e per le altre spese che abbia sostenuto in conseguenza della partecipazione alla procedura di aggiudicazione nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice alla quale deve essere imputata la responsabilità per gli atti degli organi di aggiudicazione».

10. In forza dell'art. 125, n. 2, prima frase, del BVergG, un ricorso per risarcimento danni, presentato dinanzi alle giurisdizioni ordinarie, è ammissibile solo nel caso in cui si sia previamente pronunciato il Bundesvergabeamt ai sensi dell'art. 113, n. 3.

II — Il procedimento principale

11. Nell'autunno 1999, la Società Autobahnen- und Schnellstrassen- Finanzierungs-AG (in prosieguo: l'«Asfinag») ha indetto una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi relativamente al «Controllo in loco dei lavori di costruzione ed equipaggiamento di materiale elettrico, edilizio e meccanico dei posti di pedaggio principali e secondari e dell'installazione del sistema di trasmissione di dati nell'ambito del progetto "LKW Maut Österreich"». L'apertura delle buste è avvenuta il 18 novembre 1999.

12. Unitamente ad altri offerenti, la società Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH (in prosieguo: la «ricorrente»), ha presentato la sua offerta in qualità di consorzio offerente. Con lettera 28 gennaio 2000 è stato comunicato alla ricorrente che la sua offerta era stata classificata al secondo posto in sede di valutazione delle offerte e che, pertanto, essa non sarebbe stata accolta. L'8 febbraio 2001, la ricorrente è stata informata dell'aggiudicazione dell'appalto ad un concorrente e dell'importo netto dello stesso.

13. La ricorrente ha, a questo punto, presentato ricorso davanti al Bundesvergabeamt ai sensi dell'art. 113, n. 3, del BVergG allo scopo di ottenere la constatazione che l'appalto non era stato aggiudicato al migliore offerente, in quanto i criteri di aggiudicazione che l'amministrazione aggiudicatrice aveva definito erano incompatibili con il principio di determinazione obiettiva del miglior offerente ai sensi dell'art. 53 del BVergG.

14. Davanti al Bundesvergabeamt, l'Asfinag ha sottolineato che, ai sensi dell'art. 115, n. 1, del BVergG, può presentare un ricorso contro una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice in un procedimento per illegittimità solo l'imprenditore che, in quanto sia stato o possa essere danneggiato dalla asserita illegittimità, affermi di avere un interesse alla conclusione di un appalto compreso nell'ambito di applicazione del Bundesvergabeamt. Ora, secondo l'Asfinag, la ricorrente non avrebbe manifestamente avuto alcun interesse ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, in quanto non avrebbe presentato alcuna domanda di conciliazione presso la B-VKK, come l'art. 109, n. 1, del BVergG le avrebbe invece permesso.

15. A sostegno della sua tesi, l'Asfinag ha fatto valere che il diritto degli appalti pubblici non ha alcuna finalità propria, ma prevede le obbligazioni precontrattuali di tutte le parti che partecipano alla procedura di gara, ivi compresi gli offerenti. Se un offerente ritiene che i criteri di aggiudicazione non siano conformi alla legge, è tenuto a farlo valere quanto prima possibile presso la B-VKK, come prevede in particolare l'art. 109, n. 6, del BVergG, e quindi, eventualmente, prima dell'apertura delle buste. Il principio di concorrenza impedirebbe di consentire ad un offerente, che sappia che i criteri di aggiudicazione non sono conformi alla legge, di presentare inizialmente un'offerta per accertare se egli sia il miglior offerente e di stabilire in un secondo momento l'atteggiamento da tenere a seconda dei risultati dell'aggiudicazione dell'appalto: se egli è il miglior offerente, non presenta alcuna domanda; se, al contrario, egli non ottiene l'aggiudicazione dell'appalto o non è il miglior offerente, si rivolge alle autorità competenti per ottenere l'annullamento della gara e, quindi, una «nuova opportunità».

16. Secondo l'Asfinag, l'art. 109, n. 6, del BVergG produrrebbe pertanto, un effetto preclusivo, di modo che i vizi della gara che, in base al principio di dovuta diligenza, avrebbero dovuto essere conosciuti dall'offerente al momento di elaborare la sua offerta, non possono essere fatti valere una volta presentata l'offerta, se non è stata

previamente presentata una domanda dinanzi alla B-VKK. Se, nella fattispecie, la ricorrente avesse adito la B-VKK prima di elaborare la sua offerta ed avesse attirato l'attenzione dell'Asfinag sugli errori fatti valere, non vi sarebbero state spese di elaborazione dell'offerta.

17. La ricorrente ha contestato la censura di carenza di interesse, facendo presente che, conformemente alla costante prassi decisionale degli organi di controllo dell'aggiudicazione degli appalti pubblici, con la presentazione tempestiva di un'offerta è sufficientemente dimostrato l'interesse a ottenere l'appalto.

III — Le questioni pregiudiziali

18. Ritenendo che la normativa austriaca applicabile alla controversia di cui esso è stato investito debba essere interpretata alla luce dell'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665 e che la soluzione della controversia richieda pertanto l'interpretazione di questa disposizione, il Bundesvergabeamt, con ordinanza dell'11 luglio 2001, ha deciso di sospendere il giudizio sino a che la Corte si sia pronunciata in via pregiudiziale sulle seguenti questioni:

«1) Se l'art. 1, n. 3, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989 89/665/CE, 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, vada interpretato nel senso che qualunque imprenditore che abbia presentato un'offerta in un procedimento di aggiudicazione di appalto o abbia chiesto di partecipare allo stesso sia legittimato a presentare un ricorso.

2) In caso di soluzione negativa di tale questione:

Se la disposizione della direttiva sopra menzionata debba essere interpretata nel senso che un imprenditore detiene o deteneva un interesse ad un determinato appalto pubblico solo se oltre a partecipare al procedimento di aggiudicazione adotta o ha adottato tutte le misure a sua disposizione, in base alla normativa nazionale, per evitare l'aggiudicazione dell'appalto a un altro offerente e per cercare in tal modo di ottenere egli stesso l'appalto».

19. Nell'ordinanza di rinvio, il Bundesvergabeamt sottolinea che, in una sentenza del 12 giungno 2001 (B 485/01-12, B 584/01-9, B 685/01-6), il Verfassungsgerichtshof (Corte costituzionale) (Austria) ha dichiarato, facendo riferimento alla sua sentenza 8 marzo 2001, B 707/00, che, tenuto conto della giurisprudenza pertinente della Corte di giustizia [4], la legittimazione ad avviare un procedimento di

4 — V. sentenza 28 ottobre 1999, causa C-81/98, Alcatel Austria AG e a. (Racc. pag. I-7671, punti 34 e 35).

ricorso ai sensi dell'art. 1 della direttiva 89/665 deve essere interpretata in senso ampio e deve quindi spettare a chiunque intenda ottenere un determinato appalto pubblico oggetto di gara. Sorgerebbe, pertanto, la questione se così debba essere indipendentemente dal fatto che chi ha effettuato l'offerta abbia o non abbia fatto ricorso alla possibilità, offerta dall'autorità aggiudicatrice, di esaurire le vie di tutela giurisdizionale di diritto interno in materia di appalti pubblici (prima questione) o se il fatto di non aver esaurito tutte le possibilità di tutela giuridizionale interne implichi il venir meno di questo interesse (seconda questione).

IV — Valutazione

A — *La competenza della Corte a risolvere le questioni pregiudiziali*

20. La Commissione si chiede nelle sue osservazioni scritte se la Corte sia competente a risolvere le questioni pregiudiziali, in quanto le decisioni del Bundesvergabeamt sarebbero, a suo avviso, prive di carattere giurisdizionale.

21. È opportuno, tuttavia, constatare che tale questione è stata nel frattempo risolta dalla Corte nella sentenza 14 novembre 2002, Felix Swoboda [5], almeno per quanto riguarda le questioni sollevate dal Bundesvergabeamt nell'esercizio delle competenze ad esso spettanti nel periodo successivo all'aggiudicazione dell'appalto. In questo contesto, la Corte lo ha considerato quale giurisdizione ai sensi dell'art. 234 CE [6].

22. Ora, risulta dall'ordinanza di rinvio che anche nella causa principale il Bundesvergabeamt si trova ad esercitare le sue competenze nel periodo successivo all'aggiudicazione dell'appalto. La causa, infatti, è stata introdotta in base all'art. 113, n. 3, del BVergG [7], secondo cui «*(d)opo l'aggiudicazione dell'appalto* o dopo la conclusione della procedura d'appalto, il Bundesvergabeamt è competente a stabilire se l'appalto non è stato aggiudicato al miglior offerente a causa di una violazione della presente legge federale o dei regolamenti di attuazione (...)» [8].

23. Si deve dunque concludere che la Corte è competente a risolvere le questioni pregiudiziali proposte dal Bundesvergabeamt.

5 — Causa C-411/00 (Racc. pag. I-10567).
6 — V. sentenza Felix Swoboda, cit., punti 26-28.
7 — V. supra, paragrafo 13.
8 — Il corsivo è mio.

B — *Analisi delle questioni pregiudiziali*

24. Accogliendo il punto di vista del governo francese, propongo di discutere le due questioni pregiudiziali congiuntamente.

25. Ognuna delle due questioni pregiudiziali corrisponde, infatti, alla tesi sostenuta da una delle parti nel procedimento principale sul punto controverso, cioè sulla nozione di «interesse ad ottenere un appalto»: la prima questione riflette la tesi della ricorrente secondo cui la presentazione di un'offerta nel corso di una procedura di aggiudicazione di un appalto o la domanda di partecipare a tale procedura sarebbero sufficienti per ritenere che un offerente abbia, una volta per tutte, interesse ad ottenere l'appalto, mentre la seconda questione si riferisce alla tesi sostenuta dall'Asfinag, secondo cui il fatto che l'offerente non abbia adottato alcune o tutte le misure a sua disposizione, in forza delle disposizioni nazionali, affinché l'appalto non fosse aggiudicato ad un altro offerente, cioè, nella fattispecie, il fatto di non aver adito la B-VKK, permetterebbe di ritenere che tale offerente abbia perduto l'interesse ad ottenere l'appalto.

26. La ricorrente ed il governo austriaco hanno confermato all'udienza che, all'epoca dei fatti di causa, non sussisteva per la prima alcun obbligo di legge di adire la B-VKK dopo aver ricevuto, con la lettera del 28 gennaio 2000, la notifica del fatto che la sua offerta era stata classificata al secondo posto al momento della valutazione delle offerte e non era, pertanto, stata accolta.

27. L'ordinanza di rinvio non contiene informazioni che mi permettano di concludere che questa tesi sia inesatta.

28. Le questioni pregiudiziali configurano pertanto il problema consistente nello stabilire se la direttiva 89/665 debba essere intesa nel senso che l'offerente ha o ha avuto interesse ad ottenere l'appalto pubblico soltanto qualora abbia adito precedentemente una commissione consultiva cui era facoltativo rivolgersi.

29. Io sono del parere che a tale questione si debba dare risposta negativa.

30. Da un lato, è a prima vista del tutto chiaro che la direttiva 89/665 non definisce in alcun modo le circostanze nelle quali l'offerente perderebbe l'interesse ad ottenere l'appalto.

31. D'altra parte, una risposta positiva a tale questione comporterebbe il dover dedurre dalla direttiva un obbligo per

l'offerente, pena per esso la perdita dell'interesse ad ottenere l'appalto pubblico, di adire una commissione consultiva cui è soltanto facoltativo rivolgersi secondo il diritto nazionale. Tale ragionamento non sarebbe consenquenziale.

32. Certo, la direttiva non osta a che alcuni obblighi siano imposti dal diritto nazionale agli operatori economici.

33. Lo rivela, ad esempio, l'ultima frase dell'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665 secondo cui «(...) (gli Stati membri) possono esigere che la persona che desideri avvalersi di tale procedura (di ricorso) abbia preventivamente informato l'autorità aggiudicatrice della pretesa violazione e della propria intenzione di presentare un ricorso».

34. Lo dimostra, allo stesso modo, la sentenza 12 dicembre 2002, Universale-Bau e a. [9], nella quale la Corte ha giudicato compatibile con la direttiva 89/665 l'esistenza, a livello nazionale, di termini di decadenza, a condizione che siano ragionevoli.

35. Per contro, non è la direttiva in sé ad imporre tali obblighi agli operatori economici. Essa non potrebbe, peraltro, mai produrre un simile risultato, in assenza di effetti diretti nei confronti dei singoli [10].

36. Propongo pertanto di risolvere le questioni pregiudiziali nel senso che, di per sè, l'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665 *non implica* che un imprenditore abbia o abbia avuto interesse ad ottenere un certo appalto soltanto qualora - oltre alla sua partecipazione alla procedura di aggiudicazione - adotti o abbia adottato tutte le misure a sua disposizione ai sensi della normativa nazionale perché l'appalto non sia aggiudicato ad un altro offerente e sia così la sua offerta ad essere accolta.

37. In subordine, vorrei, tuttavia, esaminare ancora le questioni pregiudiziali sotto un'altra angolazione.

38. Esse potrebbero anche essere intese nel senso che il Bundesvergabeamt chiede se la direttiva 89/665 *sia in contrasto* con una norma di diritto interno secondo cui l'offerente perde l'interesse ad ottenere l'appalto se non ha adottato tutte le misure a sua disposizione per evitare che l'appalto sia aggiudicato ad un altro offerente.

9 — Causa C-470/99 (Racc. pag. I-11617).

10 — Sentenze 26 febbraio 1986, causa 152/84, Marshall (Racc. pag. 723, punto 48); 14 luglio 1994, causa C-91/92, Faccini Dori (Racc. pag. I-3325, punti 22-25); 13 luglio 2000, causa C-456/98, Centrosteel (Racc. pag. I-6007, punto 15), nonché sentenza 26 settembre 2000, causa C-443/98, Unilever (Racc. pag. I-7535, punti 50 e 51).

39. Debbo sottolineare che non ho trovato, nell'ordinanza di rinvio, riferimenti espliciti ad una norma di diritto austriaco secondo cui, per quanto rivolgersi alla B-VKK sia facoltativo, il fatto di non adirla farebbe perdere all'offerente l'interesse ad ottenere l'appalto. Tuttavia, poiché il giudice del rinvio è il solo competente ad interpretare il proprio diritto nazionale, non si può escludere a priori che tale regola esista. Pertanto, nella preoccupazione di fornire una risposta il più utile possibile al Bundesvergabeamt, propongo che si risponda alle questioni pregiudiziali anche nel modo in cui io le ho, in subordine, appena riformulate.

40. All'udienza, i governi francese ed austriaco nonché la Commissione hanno sostenuto, a ragione, che la soluzione da dare alle questioni formulate in tal modo, deve ispirarsi alla sentenza Universale-Bau, citata, pronunciata dopo il deposito delle loro osservazioni scritte.

41. In tale sentenza, la Corte, parimenti adita dal Bundesvergabeamt, si è pronunciata nei seguenti termini:

«(...) (L)a direttiva 89/665 non osta ad una normativa nazionale la quale prevede che qualsiasi ricorso avverso una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice vada proposto nel termine all'uopo previsto e che qualsiasi irregolarità del procedimento di aggiudicazione invocata a sostegno di tale ricorso va sollevata nel medesimo termine a pena di decadenza talché, scaduto tale termine, non è più possibile impugnare tale decisione o eccepire la suddetta irregolarità, a condizione che il termine in parola sia ragionevole» [11].

42. Esattamente come le parti intervenienti citate, sono del parere che tale sentenza si possa trasporre alla nostra fattispecie.

43. Infatti, come nella sentenza Universale-Bau, citata, la Corte aveva constatato che la direttiva 89/665 non comporta alcuna disposizione specificamente attinente alle modalità relative al termine concernente i ricorsi che essa stessa mira ad istituire [12], allo stesso modo tale direttiva non contiene, come abbiamo d'altronde già constatato in precedenza [13], alcuna disposizione concernente le condizioni alle quali l'offerente può perdere l'interesse ad ottenere l'appalto.

44. La direttiva 89/665, all'art. 1, n. 3, impone, infatti, di rendere accessibili le vie di ricorso a «chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico di forniture o di lavori e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata», ma non definisce in misura maggiore né la

11 — Sentenza Universale-Bau e a., cit., punto 79.
12 — Sentenza Universale-Bau e a., cit., punto 71.
13 — V. supra, paragrafo 30.

nozione di interesse né le eventuali condizioni alle quali la mancanza di diligenza da parte dell'offerente potrebbe causare la perdita da parte sua dell'interesse ad ottenere l'appalto, nel senso che si potrebbe ritenere che egli non abbia e non abbia mai avuto tale interesse. Rientra nell'ambito delle competenze dell'ordinamento giuridico interno di ogni Stato membro stabilire, all'occorrenza, questo principio [14].

45. A questo punto dell'argomentazione, mi permetto di riportare per esteso i punti 72-76 della citata sentenza Universale-Bau e a., che mi sembrano applicabili, mutatis mutandis, al problema che ci riguarda:

«72 Nondimeno, dal momento che si tratta di modalità procedurali di ricorso destinate ad assicurare la salvaguardia dei diritti conferiti dal diritto comunitario ai candidati ed offerenti lesi da decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici, *tali modalità non devono mettere in pericolo l'effetto utile della direttiva 89/665.*

73 È quindi necessario accertare se, alla luce della finalità di tale direttiva, una normativa nazionale come quella della causa principale non attenti ai diritti conferiti ai singoli dall'ordinamento comunitario.

74 Va ricordato in proposito che, come risulta dal primo e dal secondo 'considerando', la direttiva *89/665* è intesa a rafforzare i meccanismi esistenti, sia sul piano nazionale sia sul piano comunitario, per garantire l'effettiva applicazione delle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette. A tal fine l'art. 1, n. 1, della suddetta direttiva impone agli Stati membri l'obbligo di garantire che le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile.

75 Orbene, la completa realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla direttiva *89/665* sarebbe compromessa se ai candidati ed offerenti fosse consentito far valere in qualsiasi momento del procedimento di aggiudicazione infrazioni alle regole di aggiudicazione, obbligando quindi l'amministrazione aggiudicatrice a ricominciare l'intero procedimento al fine di correggere tali infrazioni.

76 Occorre poi considerare che la fissazione dei termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza risponde, in linea

14 — V., per analogia, sentenza Universale-Bau e a., cit., punto 71, in fine.

di principio, all'esigenza di effettività derivante dalla direttiva 89/665, in quanto costituisce l'applicazione del fondamentale principio della certezza del diritto (v., per analogia, trattandosi del principio di effettività del diritto comunitario, sentenze 10 luglio 1997, causa C-261/95, Palmisani, Racc. pag. I-4025, punto 28, e 16 maggio 2000, causa C-78/98, Preston e a., Racc. pag. I-3201, punto 33)» [15].

46. Esattamente come per i termini di decadenza di cui si trattava nella causa Universale-Bau, cit., sono dell'opinione che una norma nazionale che impone all'offerente, a pena di perdere l'interesse ad ottenere l'appalto, di prendere tutte le misure che sono ragionevolmente a sua disposizione per evitare che l'appalto sia aggiudicato ad un altro offerente, sia riconducibile all'obiettivo della direttiva 89/665 che consiste nel predisporre ricorsi efficaci e quanto più rapidi possibile [16]. Inoltre, essa risponde anche all'esigenza di effettività derivante dalla direttiva 89/665, in quanto intesa a garantire la certezza del diritto.

47. Tengo a sottolineare, tuttavia, che tale perdita dell' interesse ad ottenere l'appalto si può verificare, a mio avviso, soltanto qualora l'offerente non abbia adottato tutte le misure che sono *ragionevolmente* a sua disposizione, così come ragionevoli devono essere anche i termini di decadenza [17].

15 — Il corsivo è mio.

16 — V. ugualmente sentenze Alcatel Austria e a., cit., punto 34, e 18 giugno 2002, causa C-92/00, HI (Racc. pag. I-5553, punto 52).

17 — Sentenza Universale-Bau e a., cit., punto 79.

48. All'udienza, la ricorrente ha, infatti, indicato che le mancavano alcune informazioni per poter utilmente adire la B-VKK, dopo avere, con lettera del 28 gennaio 2000, ricevuto la notifica del fatto che la sua offerta era stata classificata al secondo posto all'atto della valutazione delle offerte e che, pertanto, essa non era stata accolta.

49. Ora, è competenza del giudice del rinvio esaminare se, considerate tali circostanze, la ricorrente avesse *ragionevolmente* a disposizione il rimedio consistente nell'adire la B-VKK. Se così non fosse, non si potrebbe muovere ad essa alcun rimprovero per non aver adottato questa misura.

50. Propongo pertanto di risolvere le questioni pregiudiziali, in subordine, nel senso che l'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665 non osta ad una norma di diritto nazionale secondo cui un imprenditore ha o ha avuto interesse ad ottenere un appalto pubblico determinato soltanto qualora — oltre alla sua partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto — adotti o abbia adottato tutte le misure ragionevolmente a sua disposizione, ai sensi della normativa nazionale, perché l'appalto non sia aggiudicato ad una altro offerente e sia così la sua offerta ad essere accolta.

V — Conclusione

51. Tenuto conto delle considerazioni che precedono, propongo di risolvere le questioni pregiudiziali sollevate dal Bundesvergabeamt nel modo seguente:

«L'art. 1, n. 3, della 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, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, non implica che un imprenditore abbia o abbia avuto interesse ad ottenere un appalto pubblico soltanto qualora — oltre alla sua partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto — adotti o abbia adottato tutte le misure a sua disposizione, ai sensi della normativa nazionale, perché l'appalto non sia aggiudicato ad un altro offerente e sia così la sua offerta ad essere accolta.

L'art. 1, n. 3, della direttiva 89/665 non osta, tuttavia, ad una norma di diritto nazionale secondo la quale un imprenditore ha o ha avuto interesse ad ottenere un appalto pubblico determinato soltanto nel caso in cui — oltre alla sua partecipazione alla procedura di aggiudicazione dell'appalto — adotti o abbia adottato tutte le misure ragionevolmente a sua disposizione, ai sensi della normativa nazionale, perché l'appalto non sia aggiudicato ad un altro offerente e sia così la sua offerta ad essere accolta».