autorità dello Stato ACP elaborare, negoziare e stipulare gli appalti.

Ne risulta che, nei confronti delle imprese offerenti, non esiste un atto od un'omissione della Commissione contro cui si possa proporre ricorso ai sensi dell'art. 173, secondo comma, o dell'art. 175, terzo comma, del Trattato CEE.

Le imprese offerenti possono, è vero, proporre un ricorso per risarcimento danni ai sensi degli artt. 178 e 215, secondo comma, del Trattato CEE, ma vi è responsabilità della Commissione solo qualora, nell'esercizio delle competenze rigidamente limitate che le attribuisce la convenzione, essa abbia adottato un atto illegittimo o tenuto un comportamento negligente.

RELAZIONE D'UDIENZA
presentata nella causa C-257/90 *

I — Ambito giuridico della controversia

La terza convenzione ACP-CEE firmata a Lomé l'8 dicembre 1984 [1] dispone all'art. 192, nel titolo III dedicato alla cooperazione finanziaria e tecnica:

«1. Gli interventi finanziati dalla Comunità sono attuati dagli Stati ACP e dalla Comunità in stretta cooperazione e nel rispetto dell'eguaglianza delle parti.

2. Spetta agli Stati ACP:

(...)

d) elaborare, negoziare e stipulare i contratti di appalto;

(...)

4. Spetta alla Comunità prendere le decisioni di finanziamento relative ai progetti e programmi di azioni».

L'art. 222 della citata convenzione prevede:

«1. Qualsiasi progetto o programma di azioni finanziato con una sovvenzione del Fondo dà luogo all'elaborazione di un accordo di finanziamento tra la Commis-

* Lingua processuale: l'italiano.
1 — GU 1986, L 86, pag. 1.

sione, che agisce a nome della Comunità, e lo Stato o gli Stati ACP interessati».

(...)

Ai sensi dell'art. 225, n. 3, della convenzione:

«3. Gli Stati ACP e gli altri beneficiari da esse autorizzati eseguono i progetti e programmi finanziati dalla Comunità; spetta loro in particolare di elaborare, negoziare e stipulare i contratti necessari all'esecuzione delle operazioni».

Secondo l'art. 226, n. 2,

«2. In stretta collaborazione con l'ordinatore nazionale, l'ordinatore principale vigila affinché venga rispettata la parità delle condizioni nella partecipazione alle gare d'appalto, siano eliminate le discriminazioni nel fascicolo di gara e si scelga l'offerta più vantaggiosa dal punto di vista economico. Egli riceve i risultati dello spoglio delle offerte ed approva la proposta di aggiudicazione del contratto di appalto, fatte salve le competenze esercitate dal delegato della Commissione ai sensi dell'art. 228».

Infine, ai sensi dell'art. 45, n. 1, delle Disposizioni regolamentari relative agli appalti pubblici di opere e di forniture finanziati dal Fondo europeo di sviluppo [2]:

«1. La commissione propone all'amministrazione [3] l'offerta economicamente più vantaggiosa, tenendo conto in particolare del prezzo delle prestazioni, del loro costo di utilizzazione, del loro valore tecnico e delle garanzie finanziarie.

2. Le deliberazioni della commissione sono raccolte in un verbale che non può essere reso pubblico né comunicato ad alcun concorrente. Detto verbale deve essere vistato dai membri della commissione.

A titolo informativo, l'amministrazione avvisa il concorrente prescelto con lettera raccomandata con ricevuta di ritorno, che deve essere depositata alla posta prima della scadenza del termine di cui all'art. 41.

(...)

L'amministrazione informa egualmente con lettera raccomandata gli altri partecipanti del rigetto delle loro offerte.

L'amministrazione non è tenuta a comunicare i motivi della sua scelta.

(...)».

2 — GU 1972, L 39, pag. 3.

3 — L'art. 4, punto 4, delle Disposizioni regolamentari precisa che per «Amministrazione» si deve intendere: «lo Stato, l'ente locale o l'ente pubblico nel cui nome è stipulato il contratto di appalto».

II — Fatti e procedimento

1. *Fatti*

A norma della terza convenzione di Lomé, la Comunità decideva di finanziare, a carico delle risorse del sesto Fondo europeo di sviluppo [4], un programma regionale di utilizzazione dell'energia solare fotovoltaica nei paesi del Sahel, presentato dal Comité permanent Inter-États pour la lutte contre la sécheresse dans le Sahel (CILSS).

Tale programma mira all'introduzione, su larga scala, di impianti fotovoltaici allo scopo di diffondere e banalizzare l'utilizzazione dell'energia solare negli ambienti rurali dei nove paesi del Sahel [5].

Conformemente al citato art. 222 della convenzione, veniva concluso un accordo di finanziamento del progetto tra la Comunità, rappresentata dalla Commissione, ed i nove Stati di cui trattasi, rappresentati dal CILSS.

A seguito del bando n. 2731, relativo ad una preselezione delle imprese [6], la Italsolar presentava una domanda di partecipazione alla licitazione privata identificata come progetto con il n. 6100.20.94.216 (REG/6116).

L'art. IV delle clausole particolari della gara d'appalto disponeva che l'appalto era diviso in tre lotti [7]. Le offerte potevano essere presentate per uno, due o tre lotti.

Era precisato che il capitolato generale d'appalto applicabile era il «capitolato generale d'appalto degli appalti pubblici di opere e di forniture finanziati dal Fondo europeo di sviluppo» suddetto.

Le offerte dovevano precisare separatamente le caratteristiche dei materiali ed i prezzi per la loro fornitura e installazione, nonché le modalità di esecuzione ed i prezzi di certe prestazioni post-vendita (creazione di una rete di distribuzione dei pezzi di ricambio, manutenzione e preparazione del personale).

Con lettera 6 luglio 1989, a firma del segretario esecutivo del CILSS, la Italsolar veniva invitata a partecipare alla licitazione privata e veniva informata che doveva presentare la propria offerta in conformità ai documenti di gara entro il 6 novembre 1989 presso la direzione denerale dello Sviluppo (DG VIII) della Commissione delle Comunità europee.

La Italsolar presentava nei termini previsti la propria offerta per il secondo ed il terzo lotto.

4 — Istituito dall'accordo interno relativo al finanziamento ed alla gestione degli aiuti della Comunità (86/126/CEE), GU 1986, L 86, pag. 210.

5 — Burkina Fasso, Capo Verde, Gambia, Guinea Bissau, Mali, Mauritania, Niger, Senegal e Ciad.

6 — GU S 62, 29.3.1988.

7 — Lotto n. 1: Capo Verde, Gambia, Guinea Bissau, Mauritania e Senegal; lotto n. 2: Burkina Fasso e Mali; lotto n. 3: Niger e Ciad.

Il 7 novembre 1989 presso la sede della Commissione a Bruxelles aveva luogo l'apertura delle buste contenenti le offerte ricevute, le quali venivano in seguito esaminate e valutate. Nel corso di tale esame venivano richieste varie informazioni e chiarimenti ai candidati ed ai ministeri competenti degli Stati membri del CILSS.

Con lettera 14 novembre 1989 della DG VIII veniva richiesto alla Italsolar di fornire un supplemento di informazioni relative alle specifiche tecniche del materiale, a referenze su loro precedenti utilizzazioni in paesi d'oltremare, alle modalità d'installazione previste e all'organizzazione del servizio post-vendita. La ricorrente forniva tutte queste informazioni entro i termini previsti.

Il 27 novembre 1989 una missione veniva inviata presso gli impianti della Italsolar in Italia per compiere verifiche tecniche sui prodotti della ditta.

Con lettera 5 marzo 1990 il segretario esecutivo del CILSS chiedeva alla Italsolar di acconsentire alla proroga di due mesi della validità della propria offerta al fine di consentire l'analisi completa delle offerte e la concertazione tra i destinatari e la Commissione delle Comunità europee che finanzia il programma.

In seguito il CILSS proponeva di aggiudicare provvisoriamente l'appalto a imprese diverse dalla Italsolar e di procedere per queste ultime alla fase dei controlli tecnici, conformemente all'art. 5 dell'allegato tecnico alla parte A dei documenti di gara. La proposta veniva approvata dalla Commissione il 30 aprile 1990.

Il CILSS informava quindi la Italsolar del non accoglimento della sua offerta con telex del 3 maggio 1990, confermato da lettera 7 maggio 1990.

Con lettera 7 maggio la Italsolar, in riferimento al testo del telex, chiedeva alla Commissione l'adozione di misure correttive e si riservava di adire i giudici competenti.

Con lettera 12 giugno 1990 la Commissione rispondeva alla Italsolar che il potere di decidere l'attribuzione del lotto spettava al segretario esecutivo del CILSS, poiché il programma regionale di utilizzazione dell'energia solare, nel quale era ricompresa l'aggiudicazione, era realizzato sotto la responsabilità di detto organo. La Commissione aggiungeva che in ogni caso il CILSS si era avvalso di esperti internazionali per la valutazione delle specifiche tecniche delle varie offerte e che nella valutazione globale dell'offerta economicamente più vantaggiosa, conformemente ai documenti di gara, era stata presa in considerazione non solo la qualità intrinseca del materiale, ma anche la funzionalità degli impianti, con particolare riferimento al servizio assistenza e alle garanzie di manutenzione. Infine, la Commissione ricordava alla Italsolar che, in conformità all'art. 45, n. 2, quinto comma, delle citate Disposizioni regolamentari, l'amministrazione non è tenuta a comunicare i motivi della sua decisione.

Con lettera 9 luglio 1990 indirizzata al segretario esecutivo del CILSS, la Italsolar faceva valere che la decisione di escluderla dalla procedura di aggiudicazione era viziata da sviamento di potere e violava le norme procedurali e sostanziali che disciplinano gli appalti pubblici finanziati dal FES. Inoltre

nella lettera la Italsolar chiedeva formalmente la revoca della decisione di esclusione e l'autorizzazione a partecipare al prosieguo della procedura ed in particolare alle prove di laboratorio fino all'aggiudicazione finale. In subordine, la Italsolar chiedeva di trasmettere il reclamo ad ogni altra autorità eventualmente competente. In mancanza di provvedimenti favorevoli alla Italsolar, questa avrebbe avviato la procedura di arbitrato ai sensi dell'art. 238 della convenzione di Lomé III, per vedersi riconoscere il proprio diritto a partecipare alla gara e farsi attribuire l'appalto in ragione della propria offerta economicamente più vantaggiosa o, in mancanza, per ottenere un risarcimento danni.

In effetti il 4 dicembre 1990 la Italsolar proponeva presso la Chambre de commerce internationale una domanda di arbitrato diretta contro il CILSS.

2. *Fase scritta del procedimento*

Il 22 agosto 1990, la ricorrente ha proposto ricorso dinanzi alla Corte di giustizia contro la Commissione in forza degli artt. 173, secondo comma, 175, terzo comma, 178 e 215, secondo comma, del Trattato, presentando contemporaneamente un'istanza di provvedimenti urgenti. Quest'ultima è stata respinta con ordinanza del presidente della Corte 25 ottobre 1990.

Su relazione del giudice relatore, sentito l'avvocato generale, la Corte ha deciso di passare alla fase orale senza procedere ad istruttoria e di assegnare la causa alla Sesta Sezione.

3. *Conclusioni delle parti*

La *ricorrente* conclude che la Corte voglia:

— dichiarare ricevibile il ricorso in toto;

— dichiarare invalida la decisione della Commissione comunicata alla ricorrente con lettera 12 giugno 1990, in subordine, dichiarare che la Commissione ha omesso di prendere i provvedimenti che era tenuta ad adottare nei confronti della ricorrente;

— condannare la Commissione al risarcimento dei danni provocati alla ricorrente;

— condannare la Commissione alle spese, comprese quelle del procedimento sommario.

La *convenuta* conclude che la Corte voglia:

— dichiarare irricevibile il ricorso nella parte in cui è basato sugli artt. 173 e 175 del Trattato e, in subordine, respingerlo in quanto infondato;

— respingere in quanto infondato il ricorso nella parte in cui è basato sugli artt. 178 e 215, secondo comma, del Trattato;

— condannare la ricorrente alle spese, comprese quelle del procedimento sommario.

III — Mezzi e argomenti delle parti

1. *Ricevibilità*

La *Commissione* eccepisce che il ricorso è irricevibile nella parte in cui è basato sugli artt. 173 e 175 del Trattato.

La procedura di stipulazione degli appalti pubblici predisposta nel contesto della collaborazione finanziaria e tecnica istituita dalle convenzioni ACP/CEE implica una ripartizione delle competenze fra la Commissione e le autorità degli Stati ACP.

Mentre spetta alla Commissione adottare, in nome della Comunità, le decisioni di finanziamento, la responsabilità di preparare, negoziare e concludere i contratti spetta alle autorità degli Stati ACP. Ne consegue, secondo una costante giurisprudenza [8], che nei confronti delle imprese offerenti non può esistere un atto o un'omissione della Commissione suscettibile di essere impugnati con un ricorso d'annullamento o per carenza.

Ciò è particolarmente evidente nel caso di specie, dove l'atto impugnato, vale a dire la lettera della Commissione alla ricorrente del 12 giugno 1990, non presenta manifestamente nessun contenuto decisorio, riferendosi semplicemente all'antecedente presa di posizione del CILSS.

Sebbene la Commissione abbia fornito la sua assistenza al CILSS, in particolare per quanto concerne l'organizzazione materiale e logistica della gara, ciò non significa tuttavia che la Commissione si sia sostituita al CILSS nella conduzione della gara. Il CILSS ha infatti presieduto allo spoglio delle offerte, diretto dalla commissione tecnica e proposto i risultati dell'aggiudicazione provvisoria, conformemente alle competenze riservategli dalla convenzione di Lomé III.

Al contrario, risulta dalla giurisprudenza della Corte che il ricorso per risarcimento danni è ricevibile, benché la Commissione contesti nella controreplica la ricevibilità della quantificazione dei danni proposta dalla ricorrente per la prima volta nella replica.

La *ricorrente* sostiene che l'impugnata *lettera* 12 giugno 1990 rappresenta la presa di posizione definitiva della Commissione riguardo ai fatti espostile dalla Italsolar e che questa lettera può incidere direttamente sulla propria posizione giuridica, sebbene formalmente — ma soltanto formalmente — l'atto lesivo sia quello che porta la firma del segretario esecutivo del CILSS.

L'atto impugnato è rivolto alla ricorrente e costituisce la manifestazione esterna del rifiuto della Commissione di correggere la storturа denunziata dalla ricorrente. Il presente ricorso si distingue quindi dai ricorsi analoghi precedenti che sono stati dichiarati irricevibili dalla Corte poiché diretti contro

8 — Sentenze 10 luglio 1984, causa 126/83, STS/Commissione (Racc. pag. 2769), 10 luglio 1985, causa 118/83, CMC/Commissione (Racc. pag. 2325), 19 settembre 1985, causa 33/82, Murri/Commissione (Racc. pag. 2759), e 24 giugno 1986, causa 267/82, Clemessy/Commissione (Racc. pag. 1907).

atti della Commissione rivolti ad uno Stato ACP e contenenti l'approvazione di un'aggiudicazione o della firma di un contratto.

L'*omissione* che si contesta peraltro alla Commissione non riguarda l'aggiudicazione della gara e la firma del relativo contratto, bensì i compiti che la convenzione di Lomé III attribuisce alla Commissione, ossia l'assistenza nella conduzione della gara e la vigilanza durante la gara stessa. La Commissione deve vigilare al fine di garantire che l'amministrazione aggiudicatrice osservi i principi di uguaglianza, non discriminazione e scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il *danno* subito dalla ricorrente è divenuto definitivo a causa del rifiuto da parte della Commissione di adempiere compiutamente al proprio ruolo istituzionale nell'ambito della convenzione di Lomé III e della mancata reazione con gli strumenti a sua disposizione all'illegittima esclusione della ricorrente. Se la Commissione avesse agito in modo regolare, ciò avrebbe potuto essere evitato.

Come la Corte ha già avuto modo di dichiarare in passato, la circostanza che la convenzione di Lomé consenta alle imprese offerenti di ricorrere alla procedura arbitrale contro le autorità dei paesi ACP non pregiudica per tali imprese la facoltà di fruire della tutela giuridica offerta loro dal Trattato CEE nei confronti della Commissione. Proponendo una richiesta di arbitrato, la ricorrente non intende certo liberare la Commissione dalle responsabilità che le incombono in forza del diritto comunitario.

Per questo la ricorrente ritiene che si debba concludere favorevolmente non solo nel senso della ricevibilità della propria domanda di risarcimento del danno ma anche delle domande ex artt. 173 e 175 del Trattato.

2. *Merito*

A — La *ricorrente* considera che la decisione comunicatale dalla Commissione con lettera 12 giugno 1990 è *illegittima* e che in ogni caso la Commissione *non ha adottato i provvedimenti necessari* per tutelare gli interessi della ricorrente stessa. Tutto ciò le ha arrecato un *danno* grave.

1. *Ricorso d'annullamento*

La ricorrente fa valere che la *motivazione* della sua esclusione non le è stata comunicata né dal CILSS né dalla Commissione. La norma delle citate disposizioni regolamentari che dispensa l'Amministrazione dal comunicare la motivazione della propria scelta è in contrasto con l'art. 190 del Trattato CEE. La ricorrente si riferisce a questo proposito all'art. 5 bis della nuova direttiva del Consiglio in materia di appalti di lavori pubblici [9], ai sensi del quale l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a comunicare ad ogni offerente respinto i motivi del rigetto della sua offerta.

9 — Direttiva del Consiglio 18 luglio 1989, 89/440/CEE, che modifica la direttiva 71/305/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 210, pag. 1).

Ugualmente illegittima è la norma che rende segreto il verbale contenente le deliberazioni della commissione aggiudicatrice.

Pertanto, la ricorrente eccepisce formalmente l'illegittimità di queste due norme. Essa rileva che il Consiglio e la Commissione hanno elaborato direttive volte ad eradicare le discriminazioni e gli abusi negli appalti pubblici condotti dalle autorità degli Stati membri e ad assicurare alle imprese escluse adeguati strumenti di tutela giuridica, mentre le imprese comunitarie che concorrono per appalti finanziati interamente con fondi comunitari e condotti dalla Commissione con il concorso puramente formale dei paesi ACP, sono costrette a subire danni ingiusti senza possibilità concreta di ottenere piena soddisfazione.

La ricorrente sostiene peraltro che la Commissione ha peccato di *negligenza grave ed inescusabile* nello svolgimento dei compiti ad essa demandati in merito alla conduzione della gara ed alla verifica della sua correttezza.

Non era possibile muovere in buona fede alcun rilievo all'offerta presentata dalla Italsolar tale da giustificarne l'esclusione in una fase ancora relativamente preliminare della procedura di selezione, e cioè prima delle prove tecniche in laboratorio sui materiali. Infatti, l'offerta della Italsolar era non solo — e di gran lunga — la migliore per quanto riguardava il prezzo, ma era anche tecnicamente irreprensibile a giudizio degli stessi esperti della Commissione. L'esclusione della ricorrente sarebbe coincisa con il suo rifiuto di sottostare alle richieste indebite di certi dirigenti del CILSS.

La ricorrente contesta la fondatezza della motivazione dell'esclusione della sua offerta, vale a dire l'asserita debolezza dell'assistenza post-vendita. Infatti, essa ha dato ampia prova della sua esperienza, del suo impegno e delle sue capacità organizzative, così come dei suoi contatti in loco con importanti società dei paesi interessati. Inoltre la ricorrente fa parte del gruppo ENI che ha una considerevole esperienza.

Perciò la ricorrente ritiene che la decisione con cui la Commissione ha avallato l'esclusione dalla gara disposta dal CILSS debba essere dichiarata invalida in quanto adottandola la Commissione ha dato mostra di volersi nascondere dietro il paravento del CILSS per non adempiere ai doveri che le incombono onde assicurare il corretto svolgimento delle gare di appalto finanziate con fondi comunitari.

2. *Ricorso per carenza*

Nella denegata ipotesi che la Corte statuisse che la misura adottata dalla Commissione nei confronti della Italsolar non fosse una decisione ai sensi dell'art. 189 del Trattato, la ricorrente ritiene che la Commissione abbia comunque peccato di *omissione* nei suoi confronti, per non essere intervenuta a farla riammettere alla gara in corso.

Non si può ammettere l'argomento in base al quale solo le autorità degli Stati ACP sarebbero competenti ad aggiudicare le gare ed a

firmare i contratti. L'omissione che si contesta alla Commissione non riguarda l'aggiudicazione della gara e la firma del relativo contratto bensì precisamente i compiti che la convenzione di Lomé attribuisce alla Commissione, ossia l'assistenza nella conduzione della gara e la vigilanza durante la gara stessa. La Commissione deve vigilare affinché l'amministrazione aggiudicatrice osservi i principi di non discriminazione degli offerenti e di scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

3. *Domanda di risarcimento danni*

Il comportamento come minimo negligente della Commissione ha causato il *danno* subito dalla Italsolar, in quanto ne è stata una delle cause determinanti.

È principio comune di diritto che per ravvisare un *nesso di causalità* tra un atto ed il danno subito è sufficiente che tale atto sia stato una concausa del danno e non la sua causa unica.

Il *danno* subito da Italsolar a causa del comportamento della Commissione è ingiusto in quanto l'esclusione dell'offerente che ha fatto l'offerta più vantaggiosa, probabilmente a causa del rifiuto di avallare un tentativo di concussione, non rappresenta una normale alea alla quale si espone ogni impresa che decide di partecipare ad una gara d'appalto.

Gli elementi costitutivi di tale danno sono in primo luogo tutti i costi sopportati dalla ricorrente per partecipare all'aggiudicazione. Inoltre la ricorrente, pur rimettendosi a questo proposito all'apprezzamento della Corte, ritiene che sia ragionevole reclamare il risarcimento del profitto che essa contava di trarre dall'appalto e che essa valuta nel 15% del prezzo offerto per ciascun lotto.

B — La *Commissione* rileva, per quanto concerne la *domanda di risarcimento danni*, che la ricorrente non adduce nessun elemento atto a dimostrare che la Commissione abbia peccato di negligenza grave ed inescusabile nello svolgimento dei compiti ad essa demandati in merito alla conduzione della gara ed alla verifica della sua correttezza.

La gara si è svolta regolarmente con l'assistenza di una commissione tecnica formata da periti indipendenti.

La Commissione ricorda che il ruolo assegnatole dalla convenzione di Lomé non è quello di sostituirsi alla commissione tecnica. Nella fattispecie, la ricorrente ha contestato che i lavori della commissione tecnica si erano svolti in maniera seria e corretta. La ricorrente non ha trovato quindi nessun motivo per opporsi alle conclusioni dei periti indipendenti che hanno costituito la base della proposta di aggiudicazione provvisoria del CILSS.

L'iniziativa di effettuare una missione tecnica presso la Italsolar è stata presa da due membri di detta commissione e dal dipendente

della convenuta che assiste ai lavori della commissione tecnica. Lungi dal provare, come pretende la ricorrente, che la convenuta si sia, in questa fase della gara, «sostituita al CILSS», tale circostanza dimostra invece l'impegno e la serietà con cui sia la convenuta sia la commissione tecnica hanno svolto i propri rispettivi compiti.

La decisione del CILSS di non accogliere l'offerta della ricorrente, benché fosse la più bassa, è stata giustificata in particolare in ragione dell'insufficienza del servizio post-vendita offerto. La Commissione sottolinea al riguardo che il successo dell'intero programma solare dipendeva in gran parte dalla possibilità di mettere a disposizione degli utenti un servizio di assistenza rapido, efficace ed economico.

Di fronte ai requisiti stabiliti dal capitolato d'appalto il servizio post-vendita proposto dalla Italsolar era vago ed incompleto e si basava su strutture private non specializzate o senza solide referenze nel settore.

La Commissione ritiene quindi che il suo comportamento non possa essere qualificato illegittimo e che in tal modo venga meno il fondamento di qualsiasi responsabilità della Comunità nei confronti della ricorrente.

La Commissione contesta formalmente la quantificazione del danno proposta dalla ricorrente.

In subordine la Commissione sostiene che da quanto precede emerge che i ricorsi d'annullamento e per carenza sono non solo irricevibili ma anche infondati.

J. L. Murray
giudice relatore