casione dell'esecuzione di progetti finanziati dal Fondo europeo per lo sviluppo.

2. È dovere della Commissione, tenuto conto delle responsabilità attribuitele, nell'interesse della Comunità, dagli artt. 121 e 123 della seconda convenzione ACP-CEE, onde garantire l'economica gestione delle risorse del Fondo europeo per lo sviluppo, controllare, prima di dare l'assenso all'assegnazione di un contratto finanziato da detto fondo, se l'offerta prescelta sia la più bassa, se sia economicamente la più vantaggiosa e se non superi gli stanziamenti destinati al contratto d'appalto.

# CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE PIETER VERLOREN VAN THEMAAT del 14 maggio 1985 *

*Signor Presidente,*
*signori Giudici,*

## 1. Introduzione

Le ricorrenti nella presente controversia (in prosieguo: « il consorzio italiano »), domandano a codesta Corte:

1.1. di annullare, a norma dell'art. 173 del trattato CEE, la decisione della Commissione che ha impedito alle ricorrenti di proseguire le trattative avviate con la « Ethiopian Electric Light and Power Authority » (EELPA) ai fini dell'aggiudicazione di un contratto d'appalto nell'ambito della seconda convenzione di Lomé, e, in particolare, degli artt. da 120 a 132 di quest'ultima;

in via subordinata

1.2. di constatare, ai sensi dell'art. 175 del Trattato CEE, che la Commissione si è astenuta dall'agire nel caso in cui risultasse che essa ha omesso di prendere provvedimenti al riguardo;

in via ulteriormente subordinata

1.3. di condannare la Commissione, ai sensi degli artt. 178 e 215 del trattato CEE, al risarcimento dei danni e delle spese provocati dalla suddetta decisione o dal suddetto comportamento illegittimo.

Ai fini di una corretta comprensione delle domande, così formulate nell'introduzione del ricorso, ma ulteriormente specificate in cinque capi nelle conclusioni dello stesso, riporterò innanzitutto, nella seconda parte delle presenti conclusioni, l'esposizione dei fatti e delle norme in materia contenuta nella relazione d'udienza.

Successivamente, nella terza parte, esaminerò le due prime domande delle ricorrenti.

Nella quarta parte, esaminerò la domanda di risarcimento danni e, in connessione con quest'ultima, la domanda incidentale del consorzio italiano diretta ad ottenere la produzione di documenti dopo di che, nella quinta parte, trarrò le conclusioni del mio esame.

* Traduzione dell'olandese.

## 2. Gli antefatti e le norme pertinenti

2.1. Il governo militare provvisorio dell'Etiopia socialista, agente in qualità di « appaltatore » per il tramite della Ethiopian Electric Light and Power Authority (in prosieguo: « EELPA »), bandiva una gara d'appalto (n. 1824) avente ad oggetto la deviazione delle acque del fiume Amarti (GU 1982, S 132, pag. 3; GU S 193, pag. 3).

2.2. L'appaltatore chiedeva il finanziamento del progetto da parte del quinto Fondo europeo di sviluppo, istituito dall'accordo interno del 1979 relativo al finanziamento e alla gestione degli aiuti della Comunità (GU 1980, L 347, pag. 210), nell'ambito della seconda convenzione ACP-CEE, sottoscritta a Lomé il 31 ottobre 1979 e approvata dal regolamento del Consiglio 25 novembre 1980, n. 3225 (GU 1980, L 347, pag. 1). Il bando di gara precisava che in caso di non accoglimento della suddetta richiesta non sarebbe stato aggiudicato alcun contratto.

2.3. Le rispettive responsabilità degli stati ACP e della Comunità per quanto riguarda la gestione del programma di cooperazione finanziaria e tecnica sono definite dalla convenzione di Lomé.

2.4. In forza del combinato disposto degli artt. 108, n. 2, e 120, gli stati ACP sono responsabili dell'esecuzione dei progetti e dei programmi d'azione concordati con la Comunità e finanziati da quest'ultima. Spetta pertanto ad essi elaborare, negoziare e stipulare i contratti d'appalto necessari allo svolgimento di tali operazioni. In conformità all'art. 122, il governo di ciascuno stato ACP designa un ordinatore nazionale che, in stretta connessione con l'ordinatore principale, vigila affinché siano assicurate la parità delle condizioni nella partecipazione alle gare di appalto, l'eliminazione delle discriminazioni e la scelta dell'offerta più vantaggiosa dal punto di vista economico; egli prepara il capitolato d'appalto e indice le gare d'appalto previo accordo del delegato della Commissione; egli riceve le offerte, presiede al loro spoglio, approva i risultati di tale spoglio che trasmette al delegato con una proposta di aggiudicazione e firma i contratti.

2.5. L'art. 108, n. 5, attribuisce alla Comunità la responsabilità di elaborare e prendere le decisioni di finanziamento. A norma dell'art. 121, la Commissione designa l'ordinatore principale, che assicura l'esecuzione delle decisioni di finanziamento ed è responsabile della gestione degli stanziamenti del Fondo; egli impegna e liquida le spese, emette gli ordinativi di pagamento, vigila, in stretta collaborazione con l'ordinatore nazionale, affinché venga rispettata la parità delle condizioni nella partecipazione alle gare d'appalto, l'eliminazione delle discriminazioni e la scelta dell'offerta più vantaggiosa dal punto di vista economico; a questo titolo, egli dà il suo accordo sul capitolato d'appalto prima dell'indizione della gara, riceve i risultati dello spoglio delle offerte ed approva la proposta di aggiudicazione del contratto di appalto. Ai sensi dell'art. 123, la Commissione designa, presso ogni stato ACP, un delegato quale suo rappresentante. Questi può approvare, in taluni casi, i capitolati d'appalto e assiste allo spoglio delle offerte; ai sensi del n. 2, lett. c), egli approva le proposte di aggiudicazione quando ricorrono le tre condizioni seguenti: l'offerta prescelta è la più bassa, essa costituisce l'offerta più vantaggiosa dal punto di vista economico e non supera gli stanziamenti assegnati al contratto di appalto.

2.6. L'art. 130 dispone che i criteri della scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa tengono conto in particolare delle qualifiche e delle garanzie presentate dagli offerenti, della natura e delle condizioni di esecuzione delle opere o delle forniture, del prezzo delle prestazioni, del loro costo di utilizzazione e del loro valore tecnico.

2.7. In attesa dell'adozione delle condizioni generali da applicare alla stipulazione ed all'esecuzione dei contratti di appalto, contemplata all'art. 131, una dichiarazione comune, che costituisce l'allegato XII alla convenzione, rinvia, per quanto riguarda gli stati ACP che, come l'Etiopia, non erano parti della convenzione di Yaoundé, alle legislazioni nazionali degli stati interessati o alle relative prassi vigenti in materia di contratti internazionali.

2.8. L'allegato XIII della convenzione, intitolato « Dichiarazione comune sull'articolo 132 della convenzione » stabilisce che, in attesa del procedimento arbitrale da disciplinare a cura del Consiglio dei ministri in base a tale norma, le controversie relative alla stipulazione o all'esecuzione di un contratto vengono composte definitivamente secondo il regolamento di conciliazione e di arbitrato della camera di commercio internazionale.

2.9. A norma del capitolato d'appalto, l'offerente doveva provare di essere in possesso dell'esperienza e della competenza tecnica necessarie all'esecuzione dei lavori (clausola IT-1, n. 4, sub c)) e rendere nota la sua capacità finanziaria attuale (clausola IT-1, n. 4, sub d)); tali fattori sarebbero stati esaminati da una commissione aggiudicatrice, nominata dall'appaltatore, di cui potevano far parte il delegato della Commissione e l'ingegnere consulente (clausola IT-1, n. 4, terzo comma).

2.10. Era inoltre stabilito che l'appaltatore non si impegnava ad assegnare il contratto al minor offerente, ma avrebbe considerato con attenzione, nella sua valutazione, tutti gli elementi forniti nell'offerta e negli allegati. L'offerente prescelto sarebbe stato informato dell'accettazione della sua offerta e invitato a inviare ad Addis Abeba un rappresentante munito di pieni poteri ai fini della stipulazione del contratto (clausola IT-11).

2.11. Il 5 novembre 1982, termine ultimo per la presentazione delle offerte, l'EELPA aveva ricevuto tre offerte, provenienti rispettivamente da tre imprese italiane raggruppate in un consorzio (in prosieguo: « il consorzio italiano »), dalla società di diritto olandese Rush & Tompkins BV (in prosieguo: « R & T BV »), filiale della società di diritto inglese Rush & Tompkins Group PLC (in prosieguo: « R & T PLC ») e dalla società di diritto inglese Boskalis Westminster-Baresel. L'EELPA accettava l'offerta presentata tramite telex dalla R & T BV come una regolare offerta in quanto l'invio del fascicolo di gara aveva subito un ritardo per causa di forza maggiore. Tale decisione non veniva contestata dal delegato della Commissione né dall'ordinatore principale, malgrado le formali obiezioni del consorzio italiano, basate sulla clausola IT-5 del capitolato d'appalto a norma della quale le offerte presentate per telex o telegraficamente non venivano prese in considerazione.

2.12. All'apertura delle buste, l'8 novembre 1982, venivano accertate le seguenti offerte (in milioni di ECU):

— Rush & Tompkins BV: 24,3
— Consorzio italiano: 26,7
— Boskalis Westminster-Baresel: 28,2.

2.13. Nella sua relazione, l'ingegnere consulente (la ditta danese Kampsax, incaricata della valutazione delle offerte) raccomandava l'avvio di trattative col consorzio italiano.

2.14. La commissione aggiudicatrice, nella sua riunione del 24 febbraio 1983, come ri-

sulta dal verbale — sottoscritto dal delegato e da un altro rappresentante della Commissione — discuteva, sulla base della relazione di un ingegnere e di un progetto precedente, la competenza tecnica, la capacità finanziaria, il calendario dei lavori proposti e la proposta finanziaria di ciascun offerente. La commissione rilevava nel verbale la leggera modifica a favore della R & T BV apportata dall'ingegnere, nelle conclusioni della sua relazione, sulla base dei documenti integrativi forniti dopo la presentazione del fascicolo. La commissione constatava all'unanimità che la R & T BV non soddisfaceva a tre delle quattro condizioni stabilite e raccomandava di invitare il consorzio italiano per le trattative.

2.15. La direzione generale sviluppo procedeva ad una valutazione sulla base dei documenti di gara, della relazione finale della Kampsax e della raccomandazione della commissione aggiudicatrice del 24 febbraio 1983, documenti che il delegato aveva inviato all'ordinatore principale, e giungeva alla conclusione che l'offerta più bassa, quella della R & T BV, era tecnicamente e finanziariamente accettabile nonché la più vantaggiosa sotto il profilo economico.

2.16. Il 3 marzo 1983, l'EELPA inviava al consorzio italiano un telex invitandolo a mandare, il 14 marzo, un rappresentante con pieni poteri al fine di avviare le trattative ed, eventualmente, di sottoscrivere il contratto.

2.17. Giunti ad Addis Abeba, i rappresentanti del consorzio italiano venivano informati, il 15 marzo 1983, del fatto che le trattative non potevano proseguire in quanto la Commissione aveva ordinato di aprire trattative con la R & T BV.

2.18. Il 25 aprile 1983, l'EELPA inviava al consorzio italiano un telex in cui dichiarava che, per motivi che sfuggivano alla sua conoscenza e ai suoi poteri, essa non era in grado di iniziare le trattative previste; essa era costretta ad avviare trattative con la R & T BV, in stretta applicazione di una decisione adottata esclusivamente dalla Commissione, malgrado le sue serie obiezioni e il suo disaccordo motivato dalla inidoneità tecnica e finanziaria di tale offerente. Si faceva riferimento ad un telex inviato dalla Kampsax all'EELPA in cui gli ingegneri consulenti ricordavano il loro parere secondo cui il minor offerente, la R & T BV, non soddisfaceva alle condizioni di idoneità e secondo cui il gruppo R & T PLC, pur essendo ritenuto idoneo, non aveva presentato offerte.

2.19. Già il 14 gennaio 1983, il gruppo R & T PLC aveva comunicato per telex alla Kampsax che, per quanto necessario, il gruppo si rendeva incondizionatamente garante per l'esecuzione dei lavori da parte della propria filiale. Successivamente, la R & T PLC inviava all'EELPA una garanzia formale, in data 22 aprile 1983, poi sostituita da un'analoga garanzia in data 21 giugno 1983.

2.20. Con telex del 19 aprile 1983, l'EELPA invitava la R & T BV a presentarsi ad Addis Abeba per le trattative in ordine al contratto e a produrre documenti integrativi in ordine alla sua competenza tecnica e alla sua capacità finanziaria.

2.21. In una relazione integrativa di esame delle offerte redatta su richiesta dell'EELPA e fondata sui documenti presentati il 5 maggio dalla R & T BV, gli ingegneri consulenti mantenevano ferme le loro conclusioni secondo le quali tale offerente, per quanto appoggiato dal gruppo R & T PLC, non era idoneo ad eseguire il progetto né sotto il profilo tecnico né sotto quello finanziario. L'EELPA accoglieva tale conclusione e decideva che le trattative previste non potevano essere avviate.

2.22. Tuttavia, dopo un nuovo esame dei documenti e una concertazione con le autorità etiopiche e con gli ingegneri consulenti, la Commissione riteneva che il contratto dovesse essere aggiudicato alla R & T BV.

2.23. In un promemoria del 6 giugno 1983, l'ingegnere consulente (la ditta Kampsax) proponeva di aggiudicare il contratto alla R & T BV, appoggiata dal gruppo R & T PLC. L'EELPA accoglieva tale proposta; l'ordinatore principale approvava tale proposta il 10 giugno 1983. Il 6 luglio 1983, il contratto fra l'EELPA e la R & T BV veniva concluso e vistato dall'ordinatore nazionale e dal delegato della Commissione, in rappresentanza dell'ordinatore principale.

2.24. La proposta di finanziamento del progetto veniva approvata il 22 febbraio 1983 dal comitato del Fondo europeo di sviluppo; la decisione di finanziamento definitiva veniva adottata dalla Commissione il 7 marzo 1983.

2.25. Essendo risultati infruttuosi i tentativi del consorzio italiano di indurre la Commissione a rivedere la materia e a modificare il proprio punto di vista, come pure i colloqui intervenuti il 12 aprile e 13 giugno 1983 con funzionari della competente direzione generale, il 16 giugno 1983, il consorzio stesso rendeva nota la propria intenzione di proporre un ricorso.

## 3. Le prime due domande

A mio parere, le prime due precitate domande delle ricorrenti (punti 1 e 2 delle conclusioni del ricorso) vanno dichiarate irricevibili sulla base della motivazione della sentenza della Corte 10 luglio 1984 in causa 126/83 (STS Consorzio/Commissione, Racc. pag. 2769).

Sono al riguardo irrilevanti le differenze, messe in rilievo dalle ricorrenti in udienza, fra i fatti della presente controversia e quelli che hanno formato oggetto della predetta sentenza.

In primo luogo, le ricorrenti, all'udienza, hanno citato come differenza il fatto che l'EELPA, in qualità di appaltatore, avesse subordinato, nel capitolato d'oneri, la validità di un contratto da stipulare all'approvazione del suo finanziamento da parte del Fondo europeo di sviluppo. Poiché tale condizione è stata fissata dall'appaltatore solo esso ne assume la responsabilità. Tale condizione posta dall'appaltatore non può comportare alcuna modifica nella ripartizione di competenze fra la Comunità e gli stati ACP, quale definita nella vostra sentenza precitata, né far insorgere in quanto tale alcuna responsabilità da parte della Comunità.

In secondo luogo, le ricorrenti osservano giustamente che nella causa STS si trattava soltanto dell'applicazione dell'art. 123, n. 3, sub b), della seconda convenzione di Lomé mentre, nel caso di specie, esse fanno valere l'art. 123, 2° comma, sub c), della convenzione. Tuttavia le ricorrenti non possono valersi di tale constatazione, di per sé esatta, dato che la motivazione della sentenza STS si riferisce chiaramente all'art. 123 nel suo insieme. Rinvio al riguardo, in particolare, ai punti 15 e 16 della motivazione di tale sentenza. Il fatto che debba operarsi un'interpretazione così ampia risulta anche da un raffronto fra la sentenza e le mie conclusioni relative a tale controversia.

Poiché a mio parere, alla luce della sentenza della Corte nella causa STS, è evidente che le due prime domande delle ricorrenti non sono ricevibili, non ritengo necessario esaminare anche i mezzi da loro invocati nel merito a sostegno delle domande stesse.

## 4. La terza domanda

### 4.1. La *ricevibilità*

La Commissione contesta anche la ricevibilità della domanda di risarcimento danni, ulteriormente precisata ai punti 3) e 4) delle conclusioni del ricorso. Dato che il risarcimento danni chiesto al predetto punto 3) dipende interamente dalla ricevibilità delle prime due domande, tale capo va a mio parere dichiarato di fatto irricevibile. Vi si conclude infatti per il risarcimento del danno provocato da atti od omissioni di cui, con le prime due domande, si chiede che venga dichiarata l'illiceità.

Il quarto capo della domanda è invece indipendente dai primi due ed è redatto nei seguenti termini:

« 4) In ulteriore subordine, accordare alle ricorrenti un compenso in danaro e un pieno risarcimento del danno subito dalle ricorrenti a seguito del comportamento illecito della Commissione, qualora la Corte accerti l'insussistenza di atti, misure od omissioni della Commissione sindacabili ai sensi degli artt. 173 e 175 ».

Al punto 20 della motivazione della sua sentenza nella causa STS, la Corte ha espressamente lasciato in sospeso il problema della ricevibilità di una siffatta azione di risarcimento danni, fondata sull'art. 215, 2° comma, del trattato CEE.

L'affermazione della Commissione, secondo cui la domanda di risarcimento danni sarebbe nella fattispecie una domanda di annullamento dissimulata è a mio parere fondata, come da me esposto relativamente al terzo capo della domanda delle ricorrenti.

Invece, l'argomento delle ricorrenti secondo cui l'irricevibilità della domanda di risarcimento danni per il solo motivo che essa potrebbe sfociare in un risultato analogo all'annullamento porrebbe in non cale il carattere autonomo di tale azione, è a mio parere esatto nell'ambito del quarto capo della domanda delle ricorrenti. Tale eventuale carattere autonomo di un'azione di risarcimento danni viene altresì confermato dal punto 20 della sentenza STS e risulta del resto anche da altre sentenze di codesta Corte riguardanti l'art. 215, 2° comma, del trattato CEE. Questa parte dell'argomentazione svolta dalla Commissione va pertanto respinta.

Anche l'argomento della Commissione fondato sull'art. 38, § 1, del regolamento di procedura e diretto a dimostrare l'irricevibilità (insufficiente precisazione della portata del danno subito) deve a mio parere essere respinto. Nel ricorso, l'oggetto della controversia è definito, anche per quanto riguarda la domanda di risarcimento danni qui in esame, in maniera sufficiente a soddisfare al dettato di tale disposizione. Anche la natura del danno di cui le ricorrenti chiedono il risarcimento è definita in maniera sufficiente nel ricorso. Secondo una vostra giurisprudenza costante, la portata esatta del danno subito va determinata solo in una fase successiva del procedimento.

Il quarto capo della domanda va pertanto a mio parere considerato ricevibile. In particolare, ritengo sotto questo profilo rilevante l'obbligo dell'ordinatore principale, sancito all'art. 121, n. 2, della convenzione di vigilare « affinché venga rispettata la parità delle condizioni nella partecipazione alle gare d'appalto, l'eliminazione delle discriminazioni e la scelta dell'offerta più vantaggiosa dal punto di vista economico ». Il fatto che anche in questo caso si tratti di un obbligo autonomo dell'ordinatore principale viene messo in rilievo nel punto 15 della motivazione della vostra sentenza STS in cui si osserva che quest'obbligo vale sia per l'ordinatore principale che per il delegato. Dato il contenuto di tali obblighi, ritengo

inoltre evidente che essi siano anche diretti a tutelare gli offerenti.

4.2. *Valutazione nel merito*

a) Le *ricorrenti* ritengono che il comportamento della Commissione, considerato nel suo complesso, sia illecito. La Commissione non si è attenuta alle clausole del capitolato e ha violato i principi della parità di trattamento e di non discriminazione. Fin dalla recezione e dallo spoglio delle offerte essa è venuta meno ai principi di buona fede, di equità e di imparzialità validi nei rapporti contrattuali. Così essa ha respinto la proposta di aggiudicazione approvata dal delegato, ha impedito la firma dell'accordo intervenuto in base al solo incontro di volontà fra le parti e ha costretto l'EELPA ad avviare trattative con la R & T BV, senza fornire informazioni in ordine alla procedura. Essa si è arrogata competenze spettanti allo stato ACP trattando direttamente con la R & T BV, mettendo in grado tale società di produrre nuovi documenti e di modificare la sua offerta e inducendo gli ingegneri a modificare la loro relazione.

b) A fronte di tali argomenti la Commissione ricorda innanzitutto giustamente che ai sensi dell'art. 123, n. 2, sub c), il delegato approva, nel termine di un mese, le proposte di aggiudicazione del contratto di appalto provenienti dall'ordinatore nazionale ogniqualvolta siano soddisfatte le seguenti tre condizioni: l'offerta prescelta è la più bassa, essa costituisce l'offerta più vantaggiosa dal punto di vista economico e non supera gli stanziamenti assegnati al contratto di appalto stesso.

Dal punto 2.14 dell'esposizione dei fatti in precedenza effettuata e dall'allegato 3 della replica risulta in primo luogo che nella fattispecie non si trattava di una proposta dell'ordinatore nazionale ma di una riunione della commissione aggiudicatrice, a cui erano presenti l'ordinatore nazionale e il delegato, durante la quale era stata fatta una raccomandazione all'appaltatore e il cui verbale è fra l'altro sottoscritto dal delegato della Commissione. Alla sottoscrizione da parte del delegato del verbale di una siffatta riunione avente una funzione consultiva nei confronti dell'appaltatore, non può quindi già attribuirsi il significato di un'approvazione ai sensi dell'art. 123, n. 2, sub c), in quanto è certo che nella fattispecie si trattava soltanto di un parere diretto all'appaltatore. Non è risultato, e non è stato neppure sostenuto, che il delegato abbia approvato in modo diverso da quanto sopra una proposta di aggiudicazione del contratto alle ricorrenti proveniente dall'ordinatore nazionale.

In secondo luogo, dal punto 2.12 della mia esposizione dei fatti risulta che l'offerta del consorzio italiano non era la più bassa. È quindi pacifico, anche se l'ordinatore nazionale ha successivamente accolto il parere della commissione aggiudicatrice, che il delegato non *poteva* neppure approvare una proposta in tal senso. L'affermazione delle ricorrenti, secondo cui il requisito di cui trattasi dovrebbe interpretarsi come l'offerta più bassa di un'impresa qualificata sotto il profilo tecnico e finanziario, non trova riscontro nella lettera né nello spirito del suddetto articolo. Una deroga al principio dell'aggiudicazione al minor offerente sulla base di una pretesa mancanza di qualificazione da parte di quest'ultimo mi sembra invece di così notevole importanza nell'ambito della responsabilità finanziaria della Comunità, da dover rientrare nel potere di approvazione riservato all'ordinatore principale. Quest'ultimo dovrà quindi esaminare, in particolare, se l'« offerta più bassa » sia anche l'« offerta più vantaggiosa dal punto di

vista economico » come giustamente rilevato dalla Commissione in riferimento all'art. 130 della convenzione.

A mio parere, tale argomento, fatto valere dalle ricorrenti per dimostrare l'illiceità del comportamento della Commissione, va pertanto respinto.

c) Gli argomenti addotti dalle ricorrenti per dimostrare l'illiceità del comportamento della Commissione sono per il resto basati sulla tesi secondo cui, in base al capitolato d'appalto, alle condizioni generali del FES e, più in generale, alle norme per l'aggiudicazione di contratti internazionali, la Commissione non aveva il diritto di mettere il minor offerente in grado di completare, modificare o correggere a posteriori la sua offerta, in particolare attraverso garanzie integrative fornite dal gruppo a cui apparteneva il minor offerente stesso.

Come ho già detto al precedente punto 2.9, in base al capitolato d'appalto, ciascun offerente deve provare di possedere l'esperienza e la competenza tecnica necessaria all'esecuzione dei lavori (clausola IT-1, n. 4, sub c)) e rendere nota la sua capacità finanziaria attuale (clausola IT-1, n. 4, sub d)); questi fattori sarebbero stati esaminati da una commissione aggiudicatrice nominata dall'appaltatore di cui potevano far parte il delegato della Commissione e l'ingegnere consulente (clausola IT-1, n. 4, terzo comma). Come già precisato al precedente punto 2.14, detta commissione decideva all'unanimità che il minor offerente non soddisfaceva tre delle quattro condizioni prescritte.

Tale constatazione e la raccomandazione all'appaltatore ad essa collegata, nella fattispecie, in base alla clausola IT-11 del capitolato d'appalto, di avviare trattative con le ricorrenti, lasciano però naturalmente impregiudicate le precitate disposizioni della convenzione relative all'approvazione di una proposta fatta su questa base dall'ordinatore nazionale all'ordinatore principale.

Per quanto riguarda il successivo andamento dei fatti, è a mio parere assodato che l'ordinatore principale non ha approvato tale proposta a favore delle ricorrenti. Tale mancata approvazione non può di per sé essere considerata a mio parere illecita già in quanto le ricorrenti non erano i minori offerenti. Il problema di stabilire in base a quali contatti l'ordinatore nazionale e l'ordinatore principale siano finalmente giunti alla conclusione che il minor offerente soddisfaceva effettivamente le clausole del capitolato relative alla capacità tecnica e finanziaria non può completamente basarsi sugli atti di causa. Tale questione tuttavia non riveste a mio parere un'importanza decisiva. In base agli elementi figuranti agli atti consta che l'ingegnere consulente dell'appaltatore, forse su pressione più o meno forte da parte dell'ordinatore principale, a norma della nota 12 delle « Instructions to tenderers » della « International Federation of Consulting Engineers », ha chiesto al minor offerente ulteriori chiarimenti sulla sua offerta. Risulta inoltre, fra l'altro in base agli allegati 1 e 2 al controricorso e alla dichiarazione di garanzia prodotta nel corso del procedimento su richiesta della Corte, che la società finanziaria di controllo del gruppo a cui appartiene il minor offerente si è fatta garante dell'idoneità tecnica e finanziaria dell'offerente a seguito dei chiarimenti chie-

sti dagli ingegneri consulenti. Consta infine che sia gli ingegneri consulenti dell'appaltatore e successivamente l'appaltatorestesso che l'ordinatore nazionale e l'ordinatore principale hanno considerato tale garanzia sufficiente a ritenere il minor offerente idoneo all'esecuzione dei lavori. Il punto 2.23 delle presenti conclusioni contiene una breve sintesi dell'ultima fase di questo sviluppo dei fatti.

All'udienza, le ricorrenti hanno in particolare contestato che la nota 12 delle suddette « Instructions to tenderers » (di cui esse non hanno contestato nella fattispecie l'applicabilità in quanto tale) possa costituire una base per la procedura, così riferita in sintesi, seguita nel caso di specie.

Il decisivo primo comma della suddetta nota 12 recita:

« Tenderers should be advised that the Employer, or the Engineer on behalf of the Employer, may ask any tenderer for clarification of his tender, but that no tenderer will be permitted to alter his tender price after tenders have been opened. Clarifications which do not change the tender price may be accepted and modified in the contract » [1].

Le ricorrenti hanno sostenuto in udienza che tale disposizione non può legittimare modifiche alle clausole dell'offerta. In particolare, tale disposizione non consentirebbe ad un terzo di aggiungere una garanzia vincolante. Tale interpretazione va comunque a mio parere respinta qualora l'offerente faccia parte di un gruppo di società e la garanzia provenga dalla società di controllo del gruppo stesso. È notorio e, secondo l'autorevole dottrina e la giurisprudenza citate dalla Commissione alle pagg. 10 e 11 del controricorso e secondo gli allegati 1 e 2 dello stesso, vale in particolare anche per una società di controllo di diritto inglese, il fatto che quest'ultima *può* quanto meno farsi garante per l'adempimento degli obblighi delle imprese da essa controllata. Ritengo che l'esame del problema di stabilire se nel caso di specie fosse possibile una tale facoltà di rivolgersi alla società di controllo, vuoi di diritto, vuoi in forza dell'espressa costituzione di una garanzia, rientri certamente nella nozione di « chiarimenti ». A quanto risulta da una dichiarazione fatta in udienza dal presidente dell'organizzazione FIDIC in ordine alle procedure di gara, non rientra nella prassi normale che l'appaltatore esiga già nel capitolato d'oneri un'eventuale garanzia proveniente dalla società di controllo di un'impresa controllata al 100%. Nella pratica, una garanzia del genere non viene pertanto fornita neppure automaticamente all'atto dell'offerta. Normalmente essa viene appunto chiesta, a determinate condizioni, durante le trattative tra l'appaltatore e l'offerente sempre nell'ambito della procedura di cui alla nota 12 delle norme FIDIC. La garanzia può riferirsi sia all'idoneità finanziaria che a quella tecnica. Non vorrei attribuire a questa dichiarazione, rilasciata in una fase tardiva del procedimento, un'importanza di per sé decisiva. Considero piuttosto tale dichiarazione come una conferma di quanto si deve desumere dalla frase precitata della stessa nota 12 delle norme FIDIC in collegamento con le norme di diritto internazionale relative ai gruppi di società. Su questo punto specifico, non ho potuto trovare solidi argomenti in senso contrario neppure nella controperizia presentata in udienza dalle ricorrenti. In base ai principi generali di diritto in materia di gruppi di società che vengono in rilievo nel caso di specie, non ritengo in particolare corretto che nel punto 14 di detta controperizia la società di controllo dell'impresa controllata al 100% venga considerata come un nuovo offerente.

1 — Ndt: "Va reso noto agli offerenti che l'appaltatore o, per conto di questi, l'ingegnere, possono chiedere a ciascun offerente chiarimenti sulla sua offerta, ma che nessun offerente sarà autorizzato a modificare il suo prezzo d'offerta dopo lo spoglio delle offerte. Chiarimenti che non modifichino il prezzo d'offerta possono essere accettati e dar luogo ad una modifica del contratto".

Dalla seconda frase del 1° comma della nota 12 risulta altresì espressamente che i « chiarimenti » possono appunto dar luogo effettivamente ad integrazioni o a modifiche del contratto in relazione alle modalità dell'offerta purché esse non riguardino il prezzo d'offerta. Tuttavia la garanzia presentata nel caso di specie non è stata incontestabilmente accompagnata da una tale modifica del prezzo di offerta.

A seguito di tali constatazioni concludo che la Commissione non ha agito illecitamente esigendo, nell'ambito delle competenze e degli obblighi attribuiti all'ordinatore principale dall'art. 121, n. 2, della convenzione, ulteriori chiarimenti sull'offerta del minor offerente in conformità alla nota 12 delle norme FIDIC. Essa non ha neppure agito illecitamente per il fatto che l'ordinatore principale ha approvato, il 10 giugno 1983, sulla base dei suddetti risultati di tali ulteriori chiarimenti, la proposta di aggiudicazione fatta dall'ordinatore nazionale all'inizio di giugno del 1983 a favore del minor offerente.

Il quarto capo della domanda delle ricorrenti va pertanto a mio parere respinto in quanto infondato.

d) Per quanto concerne la domanda proposta dalle ricorrenti a norma dell'art. 91 del regolamento di procedura e diretta a veder condannare la Commissione a produrre una serie di documenti non dettagliatamente specificati, sulla base di quanto constatato in precedenza, posso esser breve. Dall'art. 121, n. 2, della convenzione, così come interpretato nella vostra sentenza STS (punto 15 della motivazione) discende un obbligo autonomo anche per l'ordinatore principale di vegliare a che sia rispettata la parità di condizioni nella partecipazione alle gare d'appalto, l'eliminazione delle discriminazioni e la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Come già osservato, tali obblighi sono anche diretti a tutelare gli interessi degli offerenti.

Sulla base di tale obbligo, ritengo pertanto possibile in linea di principio che la Corte, a norma dell'art. 21 del proprio statuto, su domanda in tal senso proposta da una delle parti o meno, condanni quanto meno la Commissione a produrre documenti interni nonché lettere dirette all'ordinatore nazionale e a terzi che la Corte stessa ritenga necessari per verificare se l'ordinatore principale o la Commissione abbiano agito in contrasto con tale obbligo. Alla luce dell'interpretazione data a tale obbligo da codesta Corte, neppure lo stato ACP interessato può a mio parere opporsi alla produzione di tali documenti da cui risulta come l'ordinatore principale si sia conformato ai propri obblighi. Riterrei altresì importante che codesta Corte riconosca espressamente tale possibilità nella sua sentenza o che, quanto meno, lasci espressamente impregiudicata la questione. A condizione che le materie a cui debbono riferirsi i dati di cui trattasi siano sufficientemente precisate ritengo inoltre per lo più impossibile, e pertanto non necessaria, da parte delle ricorrenti, una specificazione dei documenti interessati molto più dettagliata di quanto avvenuto nel caso di specie. Tuttavia nella fattispecie, alla luce delle mie analisi dei dati conosciuti, ritengo non necessaria la produzione di tali dati integrativi al fine di valutare la fondatezza della presente domanda delle ricorrenti senza pregiudicare il principio del contraddittorio. Vi propongo pertanto di respingere la domanda incidentale, presentata il 23 dicembre 1983 ai sensi dell'art. 91, § 1, del regolamento di procedura, diretta ad ottenere che alla Commissione venga ingiunto di produrre tali dati integrativi.

## 5. Conclusioni

Concludendo, vi propongo quindi:

5.1. di dichiarare irricevibili i capi 1, 2 e 3 della domanda delle ricorrenti;

5.2. di respingere in quanto infondato il quarto capo della domanda delle ricorrenti;

5.3. di respingere la domanda, presentata il 23 dicembre 1983 a codesta Corte e unita alla causa principale con ordinanza 29 febbraio 1984, diretta ad ottenere che alla Commissione venga ingiunto di produrre determinati documenti;

5.4. di condannare le ricorrenti al pagamento delle spese del giudizio.