CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE G. FEDERICO MANCINI del 4 febbraio 1986

Signor Presidente,
signori Giudici,

1. Con ricorso depositato nella cancelleria di questa Corte il 29 settembre 1982, due imprese francesi di costruzione, la Développement SA e la Clemessy, lamentano che la Commissione delle Comunità europee ha agito in modo da far loro perdere l'aggiudicazione dell'appalto per la costruzione dell'immobile in cui ha sede l'Istituto farmaceutico somalo. Di tale danno esse intendono venire risarcite. Ai sensi degli articoli 178 e 215, 2° comma, del trattato CEE, vi chiedono pertanto di condannare la Commissione a pagar loro la somma di 1 202 754 FF.

I fatti. Nel quadro dei rapporti di cooperazione finanziaria coi paesi ACP previsti dalla prima convenzione di Lomé (28 febbraio 1975: GU L 25 del 30.1.1976, pag. 1), la CEE s'impegnò a finanziare con le risorse del Fondo europeo di sviluppo (in seguito: il « Fondo »), un progetto destinato alla realizzazione del detto istituto. Sulla base del relativo accordo, il ministro somalo dei lavori pubblici bandì, il 12 dicembre 1979, una gara d'appalto a cui parteciparono cinque imprese: la Montitalia, la Dravo Costruttori, la General Impiant, l'Astaie e, unitamente alla Clemessy, la Développement SA che si chiamava allora Sopha Développement. All'esito di una procedura alquanto complessa e durata più di un anno, il 19 agosto 1981 l'ordinatore nazionale — nella specie il ministro somalo per la pianificazione — comunicò ufficialmente al delegato della Comunità in Mogadiscio la decisione di aggiudicare l'appalto alla società Dravo.

Nell'atto di ricorso le imprese francesi affermano che durante la procedura la Commissione esercitò varie pressioni sulle autorità somale inducendole a modificare in favore dell'impresa Dravo la loro iniziale decisione di attribuire i lavori alla Sopha Développement.

In particolare, esse sostengono: a) che, dopo aver formalmente accolto in data 28 giugno 1980 l'offerta della Sopha, le dette autorità decisero il 15 marzo 1981 di annullare il bando della gara e di avviare una trattativa privata con le tre imprese — Sopha, Dravo e Montitalia — da cui erano pervenute le offerte migliori; b) che questa misura fu presa a séguito di istruzioni ricevute dai servizi comunitari e sulla scorta di una relazione tecnica presentata dal prof. Lhoest, l'esperto belga incaricato dall'ordinatore nazionale di valutare le offerte delle cinque imprese; c) che il 14 maggio 1981 l'appalto fu di nuovo concesso alla Sopha e questa volta sulla base di un'offerta conforme alle indicazioni dell'esperto; d) che cinque giorni più tardi il delegato CEE chiese per iscritto al ministro competente di sospendere l'efficacia del provvedimento in attesa di un secondo rapporto del prof. Lhoest. Fu così che a distanza di tre mesi i lavori vennero definitivamente aggiudicati alla Dravo Costruttori.

2. Alla luce di questi fatti le ricorrenti invocano la responsabilità della Commissione, che per due volte le ha private di un successo ormai acquisito, e pretendono il risarcimento delle spese da esse sostenute nel corso dell'intera vicenda, in Europa e in Somalia.

Con memoria pervenuta in cancelleria il 6 dicembre 1982, l'istituzione convenuta ha peraltro eccepito l'irricevibilità del ricorso e, ai sensi dell'articolo 91, paragrafo 1, regolamento di procedura, vi ha chiesto di statuire su tale incidente senza esaminare la lite nel merito. La Corte sarebbe infatti incompetente a conoscere di quest'ultima, in vista sia della disciplina che regola nelle procedure d'appalto i rapporti giuridici fra Commissione, paesi ACP e imprese interessate, sia delle norme relative ai modi di risolvere le cause che possono insorgere nella materia. La convenuta rileva altresì la natura sussidiaria dell'azione ex articoli 178 e 215 rispetto alle vie di ricorso previste dal diritto interno. In altre parole, Clemessy e Développement SA avrebbero dovuto previamente rivolgersi al giudice nazionale.

Dopo la replica delle ricorrenti, la Corte ha deciso, con ordinanza 18 maggio 1983, di trattare l'eccezione insieme alla domanda principale. La tesi della Commissione è comunque priva di fondamento. Esaminando qualche mese fa un incidente sotto tutti gli aspetti identico, avete infatti affermato che, in ordine alle procedure per l'esecuzione di progetti finanziati dal Fondo, « on ne saurait exclure l'hypothèse d'actes ou de comportements de la Commission (...) préjudiciables à des tiers. Toute personne qui se prétend lésée par de tels actes (...) doit dès lors avoir la possibilité d'introduire un recours, à charge d'établir les éléments d'une responsabilité (...) imputable à la Communauté »; e avete concluso che « l'exception d'irricevabilité soulevée par la Commission doit être rejetée pour autant qu'elle se réfère au recours en responsabilité introduit en vertu des articles 178 e 215, alinéa 2, du traité » (sentenza 10 luglio 1985, causa 118/83, Muratori ed altri/Commissione, Racc. 1985, pag. 2325). La medesima conclusione vale dunque per il nostro caso.

3. Passiamo al *merito*. Secondo le imprese francesi, la responsabilità della Commissione sarebbe soggettiva e, in subordine, oggettiva. Sotto il primo profilo, esse adducono quattro mezzi. La Commissione avrebbe:

1) violato il divieto di discriminazione posto dall'articolo 215 della seconda convenzione (*recte*: articolo 56 della prima convenzione) di Lomé a cui stregua tutte le persone fisiche e giuridiche degli Stati membri e dei paesi ACP hanno diritto di partecipare in condizioni di eguaglianza alle gare d'appalto e ai contratti finanziati dal Fondo;

2) tenuto un comportamento tale da tradire le loro legittime aspettative;

3) dato luogo a varie irregolarità che viziano la procedura conclusasi con la vittoria della Dravo;

4) violato l'articolo 25 (*recte*: 21), protocollo n. 2 della prima convenzione di Lomé, per cui prescelta dev'essere l'offerta economicamente più vantaggiosa.

Per ragioni di comodità espositiva esaminerò anzitutto il secondo e il terzo mezzo. Con essi, le ricorrenti rimproverano alla convenuta di non averle adeguatamente informate sulle modalità della procedura, di non aver motivato le decisioni relative alla nomina dell'esperto e all'annullamento della gara, di non aver consentito che esse accedessero alla sua corrispondenza con le auto-

rità somale e di aver loro taciuto i motivi per cui il prof. Lhoest fissò, nel suo primo rapporto, il calendario delle trattative dirette.

Che dire di questi argomenti? A me sembra che, lungi dal provare l'esistenza di una condotta illecita da parte della Commissione, essi contestino la legittimità della procedura seguìta per l'aggiudicazione dell'appalto e la validità del relativo provvedimento. Ma, se così stanno le cose, non è certo la nostra Corte il giudice competente a conoscere della causa. Afferma infatti la sentenza Muratori che « il ne saurait exister, en la matière, un acte [de la Commission] susceptible de recours au sens de l'article 173 du traité », e il perché di questa esclusione è ovvio. Gli interventi degli agenti comunitari nel quadro delle procedure d'appalto per opere finanziate dal Fondo non mirano che ad accertare l'esistenza dei presupposti a cui è subordinato il pagamento delle somme; il loro scopo, in altre parole, non sta nel « contravvenire al principio secondo cui [le procedure e] i contratti di cui trattasi restano [procedure e] contratti nazionali che spetta unicamente agli Stati ACP elaborare, negoziare e stipulare (...); [onde] le imprese che partecipano alle gare [sono] estranee ai rapporti (...) che si stabiliscono (...) fra la Commissione e gli Stati ACP » (sentenza 10 luglio 1984, causa 126/83, STS/Commissione, Racc. 1984, pag. 2769).

Anche rimanendo sul terrreno della responsabilità extracontrattuale, è comunque evidente che, prima ancora di essere infondati, gli addebiti mossi dalle ricorrenti — difetto di motivazione di certi atti e mancata possibilità di conoscere alcuni aspetti della procedura — non sono imputabili agli agenti della Comunità. Dal fascicolo, infatti, risulta anzitutto che a nominare il prof. Lhoest in data 3 dicembre 1980 fu l'ordinatore nazionale, e cioè il ministro somalo per la pianificazione, in base a un elenco di esperti fornitogli, su sua domanda, dai servizi della Commissione. Lo stesso dicasi per quanto riguarda le decisioni di annullare la gara e di aprire una trattativa con le tre società che avevano presentato le offerte migliori; anch'esse furono prese — rispettivamente ai sensi degli articoli 10 e 53 del capitolato generale d'oneri relativo agli appalti pubblici finanziati dal Fondo (GU L 39 del 14.2.1972, pag. 3) — dallo stesso ministro con lettera 15 marzo 1981, regolarmente notificata a tutte le imprese interessate. Queste ultime vennero inoltre invitate a rispondere alle domande poste nel rapporto dell'esperto e a far pervenire le nuove offerte non oltre il successivo 30 aprile.

Le misure che i ricorrenti contestano alla Commissione provengono dunque dalle sole autorità somale e sono per giunta ampiamente motivate, sebbene l'articolo 45, n. 4, del suddetto capitolato disponga espressamente che l'amministrazione non è tenuta a dar conto del provvedimento con cui annulla una gara. Quanto poi alla pretesa di conoscere la corrispondenza fra la Commissione e gli organi appaltanti, constato che le stesse ricorrenti non sanno fondarla su alcuna norma. Non si vede comunque dove sia il nesso di causalità fra l'omissione che sul punto si imputa alla convenuta e la mancata aggiudicazione dell'appalto a danno delle due imprese.

Infine, per quanto concerne l'insufficienza delle informazioni sulle modalità della procedura, ricordo che, secondo l'articolo 30, n. 2, del capitolato, indire le gare d'appalto e disciplinare la preparazione, la presentazione e l'esame dei progetti è compito non della Commissione, ma dell'ordinatore nazionale. I due mezzi esaminati sono dunque da respingere.

4. Veniamo allora al primo e al quarto mezzo. Essi si basano essenzialmente sul postulato che in due occasioni — 28 giugno 1980 e 14 maggio 1981 — le autorità appaltanti dichiararono aggiudicataria la Sopha Développement. Criticando sistematicamente la convenienza e la qualità dell'offerta presentata da tale impresa, senza peraltro rendere pubblici i motivi delle sue censure, la Commissione ha indotto quelle autorità a tornare sui loro passi; e ha così favorito la società concorrente che finì infatti per ottenere l'appalto. Ora, un simile comportamento è contrario all'articolo 56, n. 1, della prima convenzione di Lomé che sancisce il principio di parità di condizioni tra le imprese partecipanti alle gare per progetti finanziati dal Fondo. Violato risulta altresì il disposto dell'articolo 21, protocollo n. 2 della stessa convenzione che obbliga a scegliere l'offerta più vantaggiosa dal punto di vista economico.

A me sembra che questo argomento sia viziato nella premessa: è falso cioè che la Sopha Développement fu riconosciuta vincitrice del concorso. Invero, gli atti su cui le ricorrenti fondano l'assunto contrario non consistono nella formale proposta di aggiudicazione — che, ai sensi dell'articolo 30, nn. 2 e 3, protocollo n. 2, può essere fatta dal solo ordinatore nazionale — ma, in semplici *pareri* formulati dal comitato tecnico somalo, un organo consultivo che opera presso il locale ministero dei lavori pubblici. V'è di più: in nessuna delle due occasioni la Sopha ricevette la notifica della lettera con cui l'amministrazione informa della sua vittoria la concorrente che essa ha scelto (articolo 45, n. 2, 1° comma, del capitolato).

Quanto poi alla Commissione, citerò gli articoli 18 e 21 del protocollo n. 2: a loro stregua, e nell'interesse di una buona gestione delle risorse comunitarie, essa ha non solo il diritto, ma l'*obbligo* di vegliare affinché le procedure nazionali si svolgano in modo da concludersi con la scelta dell'offerta economicamente più valida avendo « particolare riguardo alle qualifiche attestate dagli offerenti e alle [loro] garanzie (...), alla misura e alle condizioni dei lavori e delle forniture, al prezzo delle prestazioni, al loro costo d'utilizzo e al loro valore tecnico ». Ora, stando agli atti di causa, quest'obbligo è stato adempiuto correttamente: lungi dal pregiudicare o dal favorire l'uno o l'altro concorrente, gli interventi dei funzionari comunitari hanno contribuito a rimuovere le numerose imprecisioni ed omissioni dei primi progetti presentati alle autorità somale, consentendo a queste di selezionare l'offerta migliore in base alla (qui insindacabile) relazione finale dell'esperto.

Come ho detto, le ricorrenti vi chiedono in subordine di riconoscere la responsabilità oggettiva della convenuta invocando la tutela del diritto di proprietà, com'è organizzata in diritto tedesco, e la protezione degli amministrati rispetto agli atti legittimi ma

dannosi della pubblica amministrazione, secondo i criteri sviluppati dalla giurisprudenza francese. A questo punto dovremmo chiederci se tali princìpi facciano parte del patrimonio giuridico comune agli Stati membri; ma non credo che ne valga la pena. Per respingere l'argomento delle ricorrenti, basta infatti ribadire che nessun atto delle autorità somale o della Commissione riconobbe la Sopha Développement come aggiudicataria dell'appalto. D'altra parte, il fatto che per partecipare alla gara l'impresa francese abbia sostenuto spese rimaste a suo carico non vulnera né il suo diritto di proprietà né la sua posizione giuridica di amministrato. Com'è ovvio, infatti, la facoltà di concorrere per un contratto d'appalto non implica la certezza della conseguente aggiudicazione.

Stabilito che il comportamento della Commissione non può considerarsi illecito, ritengo superfluo esaminare gli aspetti della domanda relativi all'entità del danno da risarcire. Il ricorso è in definitiva privo di fondamento.

5. Sulla base delle considerazioni che precedono, concludo proponendo alla Corte di dichiarare ricevibile il ricorso introdotto il 29 settembre 1982 dalle imprese Développement SA e Clemessy e di respingerlo nel merito perché infondato. In applicazione dell'articolo 69, paragrafo 2, regolamento di procedura, le ricorrenti vanno condannate al pagamento delle spese di giudizio.