CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE CARL OTTO LENZ

presentate il 30 giugno 1992 *

Signor Presidente,
Signori Giudici,

A — Fatti

1. I presenti ricorsi per annullamento, carenza e risarcimento dei danni vertono su una gara d'appalto mediante licitazione privata indetta nell'ambito della terza convenzione di Lomé [1] (in prosieguo: la «convenzione»), con la partecipazione di un'organizzazione interstatale composta da alcuni paesi ACP, il «Comité permanent Inter-États de lutte contre la sécheresse dans le Sahel» (Comitato permanente interstatale di lotta contro la siccità nel Sahel, in prosieguo: il «CILSS»). Detta gara d'appalto aveva ad oggetto la realizzazione nei paesi membri del CILSS di un programma regionale di azioni finanziato dal Fondo europeo di sviluppo. La ricorrente società Italsolar, con sede in Milano, aveva presentato una domanda di partecipazione non presa in considerazione dal CILSS. Con i presenti ricorsi la ricorrente contesta il comportamento tenuto dalla Commissione in riferimento al suddetto procedimento di gara, asserendo che esso integrerebbe la violazione dei suoi obblighi.

2. Finanziato in base ad un accordo di finanziamento concluso ai sensi dell'art. 222 della convenzione, il programma sopra richiamato, che delimitava l'ambito della controversa gara d'appalto, era stato presentato dal CILSS e verteva sull'utilizzazione dell'energia solare fotovoltaica nei paesi del Sahel (programma regionale sull'energia solare — PRS). L'introduzione su larga scala di impianti fotovoltaici aveva lo scopo di diffondere e banalizzare l'utilizzazione dell'energia solare negli ambienti rurali dei nove paesi del Sahel [2]. In particolare, si trattava di impianti solari per il funzionamento di pompe e per l'attivazione, il raffreddamento e la ricarica di batterie ed accumulatori; con il 95% della potenza massima installata, il funzionamento delle pompe costituiva il più importante aspetto (art. 1 dell'allegato tecnico delle condizioni speciali di appalto = parte A del capitolato d'appalto). Nella parte esplicativa del programma si affermava che esso era regolato dai seguenti principi:

«— Le spese correnti sono a carico degli utilizzatori.

— Il PRS dev'essere la prima fase di un processo di diffusione dell'energia solare, sulla base di rapporti commerciali abituali tra utilizzatori e fornitori, in particolare per quanto riguarda il servizio assistenza post-vendita agli utilizzatori».

3. La gara stessa [n. 6100.20.94.216 (REG/6116)] era disciplinata dal summenzionato capitolato d'appalto, composto dalle condizioni speciali di appalto (parte A), da un allegato tecnico nonché dalle condizioni

* Lingua originale: il tedesco.

1 — Terza convenzione ACP-CEE, conclusa in forza della decisione del Consiglio e della Commissione 24 marzo 1986 (GU 1986, L 86, pag. 1).

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

generali di appalto (parte B). Si applicavano inoltre le Disposizioni generali relative agli appalti pubblici di opere e di forniture finanziati dal Fondo europeo di sviluppo [3] (in prosieguo: le «Disposizioni relative agli appalti pubblici»). Conformemente all'art. III, parte A, del capitolato di appalto, l'avviso di gara faceva riferimento, da un lato, alla fornitura ed all'installazione dei suddetti impianti e, dall'altro, a prestazioni integrative, quali in particolare:

— la creazione di una rete di distribuzione dei pezzi di ricambio;

— la manutenzione degli impianti;

— l'addestramento professionale del personale.

4. Quanto ai dettagli relativi alle prestazioni relative alle forniture, alle installazioni, all'assistenza post-vendita agli utilizzatori, alla manutenzione ed all'addestramento professionale del personale, il predetto articolo rimanda all'allegato tecnico.

5. Mentre l'art. 236, n. 1, della convenzione e l'art. 45, n. 1, delle Disposizioni relative agli appalti pubblici fissano i criteri generali per la determinazione dell'«offerta economicamente più vantaggiosa» la cui scelta è operata in conformità dell'art. 226, n. 2, della convenzione, risulta da vari punti della parte A del capitolato d'appalto che nella suddetta gara l'*assistenza post-vendita* offerta era — tra i suddetti criteri — di «importanza fondamentale» — v. il punto X.2 della parte A nonché l'art. 1, penultimo capoverso e l'art. 3.1 dell'allegato tecnico. Quest'ultima disposizione puntualizzava che le offerte non conformi alle sue prescrizioni sarebbero state escluse, qualunque fosse la valutazione per il resto riservata alla qualità ed al prezzo delle forniture; essa stabiliva quindi gli specifici requisiti che ciascuna offerta doveva soddisfare. L'offerente doveva indicare, per ciascuno degli Stati compresi nel lotto, il nome e le referenze di una società che garantisse la sua rappresentanza e assumesse i compiti dell'assistenza post-vendita agli utilizzatori, sotto la responsabilità dell'aggiudicatario. Doveva trattarsi di una società costituita stabilmente, secondo le norme locali. Al riguardo, nell'offerta doveva tra l'altro precisarsi quanto segue:

— la ragione sociale, la data di costituzione nonché il capitale sociale del rappresentante in ciascuno Stato e le sedi di questa società;

— le referenze della detta società relative all'esecuzione di incarichi paragonabili a quelli oggetto della gara d'appalto di cui trattasi;

— la natura degli accordi commerciali stipulati tra l'offerente e il suo rappresentante locale.

6. L'art. 8 dell'allegato tecnico, che disciplinava la composizione delle offerte, disponeva che dovessero essere inoltrati, in riferimento all'assistenza post-vendita agli utilizzatori, tra l'altro, documenti contenenti informazioni relative al rappresentante nazionale dell'aggiudicatario, nonché la descrizione dei mezzi predisposti al fine di ottemperare agli obblighi relativi al servizio assistenza post-vendita.

3 — V. regolamento (CEE) del Consiglio 31 gennaio 1972, n. 282 (GU L 39, pag. 1).

7. La gara d'appalto veniva suddivisa in tre lotti, ciascuno comprendente diversi paesi del Sahel:

Lotto n. 1: Capo Verde, Gambia, Guinea Bissau, Mauritania e Senegal;

Lotto n. 2: Burkina Fasso e Mali;

Lotto n. 3: Niger e Ciad.

8. Conformemente al punto IV.4 della parte A del capitolato d'appalto, gli offerenti potevano presentare offerte per uno, due o tre lotti, nel qual caso tali offerte dovevano essere presentate ciascuna distintamente. L'offerta economicamente più vantaggiosa doveva essere determinata, sulla scorta dei criteri menzionati nell'allegato tecnico, per ciascun singolo lotto separatamente. Al fine di permettere il raffronto dei vari sistemi e delle varie prestazioni, era previsto che a uno stesso offerente non potessero essere aggiudicati tutti e tre i lotti.

9. In riscontro alla sua domanda di ammissione alla licitazione privata, da lei inoltrata a seguito dell'avviso di preselezione n. 2731 [4], la ricorrente veniva invitata dal segretario esecutivo del CILSS, con lettera 6 luglio 1989, a presentare alla direzione generale Sviluppo (DG VIII) della Commissione, entro il 6 novembre 1989, un'offerta formulata in conformità dell'accluso capitolato di appalto. Tale offerta la ricorrente presentava, entro il termine assegnatole, *per il secondo e per il terzo lotto.*

10. Dopo l'apertura delle buste pervenute, le offerte venivano esaminate e valutate e venivano richiesti vari chiarimenti e informazioni. Quanto alla ricorrente, essa veniva invitata con lettera della DG VIII del 14 novembre 1989 a fornire un supplemento di informazioni relative alle specifiche tecniche del materiale, alle referenze sui precedenti incarichi eseguiti in paesi d'oltremare, alle modalità d'installazione previste ed all'organizzazione del servizio assistenza post-vendita agli utilizzatori.

11. La ricorrente produceva tutte le suddette informazioni entro il termine assegnatole.

12. Il 27 novembre 1989 veniva inviata una missione presso l'azienda della ricorrente, incaricata di compiere verifiche tecniche sui prodotti dell'impresa.

13. Dopo che la ricorrente, su richiesta del CILSS, aveva prorogato di due mesi la validità della propria offerta, rispetto al termine finale stabilito nell'art. XVI della parte A del capitolato di appalto, il CILSS proponeva di aggiudicare provvisoriamente l'appalto ad altre imprese, escludendo la ricorrente, e di procedere per tali imprese, ai sensi dell'art. 5 dell'allegato tecnico della parte A del capitolato di appalto, alla fase dei collaudi tecnici. Tale proposta veniva approvata dalla Commissione il 30 aprile 1990.

14. Il CILSS comunicava quindi alla ricorrente l'esclusione della sua offerta con telex 3 maggio 1990, confermato dalla lettera 7 maggio 1990.

4 — GU S 62 del 29.3.1988.

15. Con lettera 7 maggio 1990 la ricorrente rispondeva alla Commissione, riferendosi unicamente al telex, poiché ovviamente non aveva ancora ricevuto la lettera di conferma, inviatale in pari data. Essa segnalava che nel caso in cui la suddetta comunicazione (del 3 maggio) significasse l'esclusione della sua offerta dalla fase dell'aggiudicazione e le fosse in seguito definitivamente confermata, essa l'avrebbe considerata assolutamente illegittima, per motivi gravi che non avrebbe mancato di esporre; essa si riservava pertanto la facoltà di agire per la tutela dei propri diritti dinanzi alle autorità giudiziarie competenti. Peraltro, essa faceva rilevare come dallo spoglio delle offerte fosse risultato che la sua offerta era la più economica e che le società da lei prescelte in sua rappresentanza nel rispettivo paese erano esperte del settore. Qualsiasi esclusione, non obiettivamente motivata, avrebbe avuto come conseguenza l'invalidazione dell'intero procedimento di gara.

16. Essa concludeva nei seguenti termini:

«Nella speranza che la comunicazione da noi ricevuta sia frutto di un errore, Le saremmo riconoscenti se Ella vorrà fornirci al più presto una risposta al riguardo».

17. La Commissione rispondeva il 12 giugno 1990 con lettera del direttore generale della DG VIII, segnalando che il potere di decisione sull'aggiudicazione dei lotti competeva al segretario esecutivo del CILSS, essendo tale organizzazione responsabile per la realizzazione del PRS nell'ambito del quale la gara era stata indetta. La Commissione aveva comunque attentamente seguito la procedura ed aveva assicurato al CILSS l'assistenza di esperti internazionali per la valutazione delle specifiche tecniche contenute nelle varie offerte. Inoltre, nel decidere quale offerta fosse economicamente la più vantaggiosa, non si era tenuto conto, in conformità del capitolato d'appalto, soltanto della qualità dei singoli materiali, ma anche della capacità di funzionamento degli impianti e, in particolare, dell'assistenza post-vendita e delle garanzie offerte per la manutenzione. Nell'ambito di tale procedura, proseguiva l'autore della missiva, si doveva con suo dispiacere confermare che l'offerta della Italsolar — pur presentando qualità indiscutibili, le quali avevano giustificato la proroga dell'offerta della ricorrente — non era stata presa in considerazione dal segretario esecutivo del CILSS. Ove la ricorrente ritenesse di dover formulare critiche nei confronti di tale gara, queste andrebbero in realtà indirizzate al CILSS. Tuttavia, l'amministrazione non era tenuta, in forza dell'art. 45, n. 2, quinto comma, delle Disposizioni relative agli appalti pubblici, a motivare la propria decisione.

18. Con lettera 9 luglio 1990 indirizzata al segretario esecutivo del CILSS la ricorrente chiedeva la revoca della suddetta decisione di esclusione e la sua ammissione a partecipare alle fasi successive del procedimento di gara, in particolare alle prove di laboratorio, fino all'aggiudicazione definitiva. Essa soggiungeva che, nel caso in cui non fossero stati adottati provvedimenti per accogliere le sue richieste, essa, considerando che la sua offerta era quella economicamente più vantaggiosa, avrebbe fatto ricorso all'azione arbitrale prevista dall'art. 238 della convenzione, per fare accertare il proprio diritto a partecipare alla gara e farsi attribuire l'appalto o, altrimenti, ottenere il risarcimento dei danni.

19. Il 4 dicembre 1990 la ricorrente proponeva presso la Camera di Commercio Internazionale una domanda di arbitrato diretta contro il CILSS.

20. Una domanda di provvedimenti provvisori, proposta dalla ricorrente con separata istanza, veniva respinta dal presidente della Corte con ordinanza 25 ottobre 1990.

21. La ricorrente contesta la legittimità, oltre che della decisione di escluderla dalla gara di appalto, anche della decisione della Commissione che le sarebbe stata notificata con lettera 12 giugno 1990. In ogni caso, la Commissione avrebbe omesso di adottare le necessarie misure per salvaguardare i suoi interessi. Ciò avrebbe determinato in capo alla ricorrente un grave pregiudizio, la cui riparazione essa pretende ora dalla Commissione.

22. La *ricorrente* conclude per:

— l'annullamento della decisione della Commissione notificatale con lettera 12 giugno 1990;

— in subordine: la dichiarazione che la Commissione ha omesso di adottare i provvedimenti che era tenuta a prendere in favore della ricorrente;

— la condanna della Commissione al risarcimento dei danni causati alla ricorrente;

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

23. La Commissione conclude per:

— la dichiarazione dell'irricevibilità del ricorso, nella parte in cui è basato sugli artt. 173 e 175 del Trattato e, in subordine, il suo rigetto in quanto infondato;

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

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

24. Quanto al merito della domanda di risarcimento, la Commissione ha fatto valere, in primo luogo, di aver ritenuto la proposta del CILSS, per quanto si riferisce alle lacune riscontrate nel servizio assistenza post-vendita agli utilizzatori offerto dalla ricorrente, come conforme alle condizioni della gara d'appalto e di non aver pertanto riscontrato alcun motivo per opporsi alla suddetta proposta.

B — Parere

I — *Sulle domande ai sensi degli artt. 173 e 175 del Trattato CEE*

25. *1.* La controversa questione della ricevibilità delle suddette domande attiene, in sostanza, al problema della ripartizione delle competenze tra la Commissione, che al riguardo viene rappresentata, conformemente agli artt. 226, n. 1, e 228, n. 1, della convenzione, dall'ordinatore principale del Fondo e dal delegato autorizzato, e l'amministrazione che agisce per conto degli Stati ACP interessati (nel caso di specie: il CILSS), per la realizzazione dei progetti finanziati dal Fondo europeo di sviluppo conformemente agli artt. 192 e 215 e seguenti della convenzione.

In tale ambito, occorre risolvere due distinte questioni, relative, in particolare, da un lato, all'aggiudicazione dell'appalto in quanto tale e, dall'altro, ai finanziamenti con i mezzi del Fondo.

26. Per quanto attiene, in questo contesto, alla ripartizione delle competenze, la ricorrente ha fornito, nel corso della trattazione orale, un chiarimento sulla — oscura — argomentazione da lei sostenuta nella fase scritta. In quest'ultima fase essa aveva sostenuto che, benché spetti al CILSS il potere di negoziare e stipulare i contratti d'appalto finanziati dal FES [5], la Commissione dispone di estese competenze quanto alla conduzione della gara ed alla sua supervisione [6]. Nella causa CMC [7], la Commissione si era opposta all'esclusione dell'impresa migliore offerente e la Corte di giustizia non aveva riscontrato nell'operato della Commissione alcuna irregolarità [8].

27. Nell'ambito degli argomenti addotti a sostegno della propria domanda ai sensi dell'art. 175, la ricorrente ha poi affermato che alla Commissione incomberebbe, con riferimento al procedimento di gara d'appalto, un dovere di vigilanza, vale a dire, essa dovrebbe garantire che l'amministrazione aggiudicatrice osservi i principi di uguaglianza, di non discriminazione e di scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa [9]. In quanto la Commissione si è astenuta dall'intervenire per far riammettere la ricorrente alla gara in corso, ad essa sarebbe imputabile un illegittimo comportamento omissivo [10].

28. Durante la fase scritta, tuttavia, la ricorrente ha tralasciato di precisare espressamente se i poteri e i doveri da lei richiamati, oltre alla questione del finanziamento (v. art. 192, n. 4, della convenzione) — *riguardino anche l'aggiudicazione* nonché il *procedimento* all'uopo espletato. Essa si è piuttosto appigliata, per lo più, alla posizione *di fatto* della Commissione: il provvedimento lesivo per la ricorrente recherebbe formalmente — ma solo formalmente — la firma del segretario esecutivo del CILSS [11]; gli appalti finanziati dal Fondo europeo di sviluppo sarebbero stati gestiti dalla Commissione, con il concorso puramente formale dei paesi ACP [12]. La Commissione stessa avrebbe poi inviato la missione tecnica presso l'azienda della ricorrente, mentre il CILSS si sarebbe opposto all'invio di tale missione ed avrebbe impedito al suo rappresentante di parteciparvi [13].

29. Nel corso della trattazione orale, la ricorrente si è richiamata all'art. 192, n. 3, lett. d), della convenzione, il quale recita:

«Spetta agli Stati ACP ed alla Comunità congiuntamente:

(...)

d) prendere le misure di applicazione atte ad assicurare parità di condizioni per la partecipazione a gare ed appalti.

5 — Replica, pag. 8.
6 — Loc. cit.
7 — Sentenza 10 luglio 1985, causa 118/83, CMC/Commissione (Racc. pag. 2325).
8 — Ricorso, pag. 17.
9 — Replica, pag. 5.
10 — Ricorso, pag. 18.
11 — Ricorso, pag. 10.
12 — Ricorso, pagg. 15 e 16.
13 — Replica, pagg. 1 e 2.

(...)».

30. Ponendo a confronto questa disposizione con l'art. 192, n. 2, lett. d), i cui termini spetta agli Stati ACP:

«elaborare, negoziare e stipulare i contratti di appalto»

essa ha concluso che gli Stati ACP e la Comunità sono *congiuntamente* responsabili dell'espletamento della gara fino all'aggiudicazione, mentre rientrerebbe nell'esclusiva competenza dello Stato ACP interessato, nella fase successiva all'aggiudicazione, unicamente la conclusione del contratto d'appalto con l'offerente prescelto. L'approvazione del delegato della Commissione alla proposta dello Stato ACP relativa all'aggiudicazione provvisoria [v. art. 228, n. 3, lett. d) ed e), della convenzione] sarebbe un presupposto essenziale della stessa aggiudicazione.

31. Mi occuperò della questione del comportamento della Commissione e della sua eventuale ingerenza nelle competenze del CILSS durante l'esame della domanda tendente all'annullamento, mentre in questa sede tratterò il punto, fondamentale, della ripartizione delle competenze.

32. Sul tema, la Corte di giustizia, nella sentenza STS [14], premettendo un esame delle pertinenti disposizioni dell'allora in vigore seconda convenzione di Lomé [15], è giunta alla conclusione, successivamente ribadita dalle sentenze CMC [16], Murri [17] e Clemessy [18], secondo cui:

«i contratti che fruiscono dell'aiuto del FES restano contratti nazionali che le autorità di ciascuno Stato membro sono competenti ad elaborare, negoziare e stipulare» [19].

33. Quanto ai poteri del delegato e dell'ordinatore principale del Fondo (il rappresentante della Commissione) in forza dell'art. 123 della seconda convenzione di Lomé (corrispondente all'art. 228 della terza convenzione applicabile al presente caso), al punto 16 della motivazione di quella sentenza si legge che:

«(...) gli interventi dei rappresentanti della Commissione nel suddetto procedimento — approvazione o diniego dell'approvazione, apposizione o rifiuto del visto — sono unicamente intesi ad accertare che sussistano i presupposti del finanziamento comunitario. Essi non hanno lo scopo, né possono avere l'effetto, di contravvenire al principio secondo cui i contratti di cui trattasi restano contratti nazionali che spetta unicamente agli Stati ACP elaborare, negoziare e stipulare».

14 — Sentenza 10 luglio 1984, causa 126/83, STS/Commissione (Racc. pag. 2769).

15 —

Lomé II		*Lomé III*
art. 108, n. 2	=	art. 192, n. 2
art. 120	=	art. 225, n. 3
art. 122	=	art. 227
art. 108, n. 5	=	art. 192, n. 4
art. 121	=	art. 226
art. 123, n. 1, lett. a)	=	art. 228, n. 1, lett. a)

16 — Loc. cit.

17 — Sentenza 19 settembre 1985, causa 33/82, Murri/Commissione (Racc. pag. 2759).

18 — Sentenza 24 giugno 1986, causa 267/82, Développement SA e Clemessy/Commissione (Racc. pag. 1907).

19 — Punto 13 della motivazione della sentenza STS.

34. Nel prosieguo della sentenza, la Corte rileva quanto segue (punto 18 della motivazione):

«(Le imprese) intrattengono rapporti giuridici soltanto con lo Stato ACP responsabile del contratto, e gli atti dei rappresentanti della Commissione non possono avere l'effetto di sostituire nei loro confronti una decisione comunitaria alla decisione dello Stato ACP, esclusivamente competente a concludere e firmare il contratto».

35. Da una valutazione complessiva delle suddette citazioni emerge che la competenza esclusiva degli Stati ACP non si limita affatto alla stipulazione dei contratti con l'offerente prescelto, successivamente all'aggiudicazione. Tali Stati restano infatti responsabili per l'espletamento del *procedimento* di gara, in quanto l'intervento dei rappresentanti della Commissione è in tale ambito limitato all'accertamento dei presupposti del finanziamento comunitario (punto 16 della motivazione), ma anche per la decisione in merito alla stessa aggiudicazione, come evincesi chiaramente dalla nozione di «contratti nazionali» [20] e come viene del resto confermato dall'art. 45 delle Disposizioni relative agli appalti pubblici [21]. Per quanto riguarda in particolare la circostanza, contestata dalla ricorrente, che l'approvazione data dalla Commissione alla proposta di aggiudicazione provvisoria è limitata, quanto alla sua portata, all'accertamento dei presupposti del finanziamento, assume rilievo non soltanto il testé citato punto 16 della motivazione della sentenza STS, ma pure l'ulteriore constatazione della Corte di giustizia nella stessa sentenza (al punto 19 della motivazione), secondo cui

«l'atto col quale il rappresentante della Commissione ha approvato l'attribuzione degli appalti di cui trattasi alla società Telspace non riguarda "direttamente" la STS ai sensi dell'art. 173, secondo comma, del Trattato CEE».

36. Ne consegue che il punto di vista della ricorrente in ordine alla questione della ripartizione delle competenze nel procedimento di gara d'appalto non può essere condiviso.

37. 2. Corollario di quanto sopra è che le domande ai sensi degli artt. 173 e 175 risultano, già per vari motivi, irricevibili.

38. a) Con riguardo alla domanda proposta ai sensi dell'art. 173, essa potrebbe ritenersi ricevibile se riguardasse un atto idoneo a produrre effetti giuridici [22]. La ricorrente individua l'esistenza di un tale atto nella controversa lettera 12 giugno 1990. Al riguardo,

20 — V., altresì, ordinanza del presidente della Corte 25 ottobre 1990 nel procedimento sommario, causa 257/90 R (punto 18 della motivazione), nella quale in sostanza si afferma che il potere di stipulare o no il contratto di appalto *spetta* al CILSS.

21 — Infatti in esse si legge, con riferimento all'operato della commissione istituita per l'esame delle offerte e dell'amministrazione dello Stato terzo interessato:
«1. La Commissione propone *all'amministrazione* l'offerta economicamente più vantaggiosa (...)
2. (...)
A titolo informativo, *l'amministrazione* avvisa il concorrente prescelto con lettera raccomandata con ricevuta di ritorno (...).
(...)
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*.
(...)
4. Qualora *l'amministrazione* decida di non dare seguito ad una gara, ne dà comunicazione a tutti i concorrenti. (...)
(I corsivi sono miei).

22 — V., ad esempio, ordinanza 4 ottobre 1991, causa C-117/91, Bosman/Commissione (Racc. pag. I-4837, punto 13 della motivazione).

gli argomenti — alquanto oscuri [23] — esposti nelle memorie scritte sono stati dalla ricorrente riordinati, nel corso della trattazione orale, nel seguente modo: la lettera enuncerebbe due decisioni prese dalla Commissione. Da un lato, essa avallerebbe tacitamente la sua esclusione, fornendo la propria approvazione all'aggiudicazione provvisoria; dall'altro, essa rifiuterebbe di adottare provvedimenti intesi a porre rimedio alla situazione, cioè a riammettere la ricorrente nella gara.

39. Tale opinione non può condividersi. La Commissione si limita nella suddetta lettera a chiarire, dal proprio punto di vista, la situazione giuridica esistente con riguardo alle competenze, ai criteri di aggiudicazione nonché alle disposizioni formali applicabili e, sulla base della conoscenza che essa aveva delle circostanze di fatto, a confermare che il CILSS non aveva preso in considerazione l'offerta della ricorrente.

40. L'unico atto che potrebbe produrre effetti giuridici è il provvedimento del CILSS, menzionato nella lettera, al quale la Commissione si limita soltanto a fare riferimento. Tale provvedimento non può essere ascritto alla Comunità né sulla base delle affermazioni fatte dalla Commissione in quella lettera né sulla base della situazione giuridica reale (come si è rilevato a proposito della ripartizione delle competenze). Tale situazione non potrebbe essere modificata neppure dall'argomento della ricorrente secondo cui il CILSS avrebbe solo formalmente deciso la controversa esclusione. Non sussiste alcun elemento in base al quale ritenere che la Commissione abbia posto in essere al riguardo comportamenti esorbitanti dalle sue competenze, oppure abbia esercitato un'illecita ingerenza nei confronti del CILSS, allo scopo di far escludere la ricorrente dall'aggiudicazione. La ricorrente ha invero argomentato che la Commissione ha preso delle decisioni sovrapponendosi al CILSS per quanto riguarda l'invio della missione tecnica (il che viene tuttavia contestato dalla convenuta). Per contro, essa non ha confutato il rilievo della Commissione secondo cui la proposta di aggiudicazione provvisoria ad un altro offerente promanava dal CILSS, il che era assolutamente conforme alla ripartizione delle competenze.

41. Orbene, per quanto riguarda l'eventuale approvazione data dalla Commissione all'aggiudicazione provvisoria, nulla viene affermato al riguardo nella controversa lettera e persino la ricorrente nel ricorso muove dal presupposto che l'aggiudicazione provvisoria non sia ancora stata disposta [24].

42. Né può riscontrarsi un rifiuto della Commissione di porre rimedio alla situazione nel senso auspicato dalla ricorrente. Ciò non stupisce, posto che la ricorrente, nella sua lettera 7 maggio 1990, non ha for-

23 — Nelle pagg. 10 e 11 del ricorso si afferma che una presa di posizione netta da parte della Commissione (nei confronti del CILSS) che avesse fatto rilevare l'illegittimità dell'esclusione della ricorrente avrebbe indubbiamente scongiurato l'esclusione di quest'ultima. La Commissione avrebbe in tal modo posto in essere un atto produttivo di effetti nella sfera giuridica della ricorrente poiché essa con la controversa lettera avrebbe rifiutato di prendere i provvedimenti richiesti dalla ricorrente a salvaguardia dei propri interessi. Alla pag. 18 del ricorso si legge poi che la decisione con cui la Commissione ha avallato l'esclusione della ricorrente dalla gara dev'essere dichiarata invalida. (Come si desume dal successivo argomento dedotto in subordine, la ricorrente sembra muovere dalla premessa che tale «decisione» le sia stata comunicata con la lettera in questione). Non è chiaro in quale rapporto siano questi due punti di vista. Nella replica (pag. 4) la ricorrente argomenta che la lettera della Commissione rappresenta la sua presa di posizione definitiva in merito ai fatti espostile dalla ricorrente nel caso di specie. In tale lettera sarebbe espresso il rifiuto della Commissione di correggere la stortura denunciata dalla ricorrente.

24 — V. il ricorso, pag. 11.

mulato alcuna richiesta espressa in tal senso. In tale lettera la ricorrente, da un lato, afferma di ritenere illegittima la sua esclusione e ne precisa i motivi, si riserva di agire «dinanzi alle autorità giudiziarie competenti» e fa rilevare che un'esclusione non obiettivamente motivata potrebbe determinare l'invalidazione dell'intero procedimento di gara. Dall'altro, esprime l'auspicio che si tratti di un «errore» e invita la Commissione a comunicarle una «risposta».

43. Alla luce di quanto precede, si deve constatare che la domanda ai sensi dell'art. 173 è irricevibile già per l'insussistenza di un atto idoneo a produrre effetti giuridici.

44. Tuttavia, qualora la Corte ritenga che la missiva della Commissione sia da intendere come l'approvazione (dell'aggiudicazione provvisoria) o il rifiuto (di porre rimedio alla situazione) contestati dalla ricorrente, tali atti non potrebbero comunque riguardare direttamente la ricorrente [25]. Né tale constatazione risulta infirmata dal richiamo, operato dalla ricorrente, alla sentenza pronunciata dalla Corte nella causa Piraiki-Patraiki [26]. In quel caso si verteva sul problema se un'autorizzazione rilasciata dalla Commissione in relazione a misure di salvaguardia, ai sensi dell'art. 130, n. 1, secondo comma, dell'Atto di adesione della Repubblica ellenica, riguardasse direttamente le ricorrenti, imprese produttrici di filati di cotone. Tale autorizzazione abilitava la Repubblica francese a sottoporre le importazioni di filati di cotone provenienti dalla Grecia a un regime di quote per un determinato periodo. La Corte rilevò che la decisione della Commissione non avrebbe potuto riguardare direttamente le ricorrenti, in difetto di provvedimenti nazionali di attuazione, ma che tuttavia, in considerazione del comportamento delle autorità francesi prima e durante la domanda di misure di salvaguardia, la possibilità che esse decidessero di non avvalersi della facoltà offerta loro dalla decisione della Commissione era puramente teorica. La Corte riconobbe quindi che le ricorrenti erano direttamente toccate dalla decisione. La differenza determinante, rispetto al presente caso, consiste in ciò, che mentre l'autorizzazione della Commissione nella causa Piraiki-Patraiki riguardava le stesse misure di salvaguardia, nel presente caso le misure del rappresentante della Commissione hanno ad oggetto soltanto il finanziamento da parte del Fondo europeo di sviluppo, mentre le decisioni, riguardanti gli offerenti, in ordine allo svolgimento ed all'esito del procedimento di aggiudicazione sono state autonomamente adottate al livello del CILSS.

45. Il ricorso sarebbe pertanto irricevibile anche nell'ipotesi in cui la Corte di giustizia non condivida la mia interpretazione della lettera della Commissione in data 12 giugno 1990.

46. b) Per quanto attiene alla domanda proposta ai sensi dell'art. 175 del Trattato CEE, questa non soddisfa, anzitutto, i presupposti per la sua ricevibilità fissati al secondo comma di tale articolo, con particolare riguardo al requisito dell'essere stata la Commissione «richiesta di agire». L'unica comunicazione scritta che potrebbe venire

25 — V. sentenza STS, punto 19 della motivazione.

26 — Sentenza 17 gennaio 1985, causa 11/82, Piraiki-Patraiki/Commissione (Racc. pag. 207).

considerata come invito in tal senso è la lettera 7 maggio 1990. In quest'ultima, tuttavia, si omette quantomeno di precisare, in contrasto con i criteri al riguardo applicabili [27], *quali* misure la Commissione dovrebbe adottare [28].

47. D'altra parte, un'attività della Commissione nell'ambito degli artt. 215 e seguenti della convenzione sarebbe destinata, come si è rilevato, non già alla ricorrente bensì al CILSS. Ciò valga in particolare anche per il mancato intervento nei confronti del CILSS al fine di riammettere la ricorrente nel procedimento, comportamento nel quale la ricorrente ravvisa la violazione di un obbligo. Tale attività, in quanto misura finalizzata a garantire la regolarità del finanziamento (o meglio, quale manifestazione dell'opinione della Commissione di revocare in discussione il finanziamento da parte del FES, in caso di inosservanza delle sue raccomandazioni), riguarderebbe direttamente soltanto il CILSS. Poiché la ricorrente nel corso della trattazione orale ha fatto valere che l'omissione (in primo luogo, in relazione al comportamento testé preso in esame) consisterebbe nella mancata opposizione, da parte della Commissione, all'esclusione della ricorrente, valgano al riguardo gli stessi rilievi.

48. In casi del genere, nei quali le misure non riguardano direttamente il ricorrente, ma sono destinate a terzi, le condizioni imposte dall'art. 175, terzo comma, non possono considerarsi soddisfatte, neppure quando a tali misure siano riconducibili effetti giuridici [29]. La domanda proposta ai sensi dell'art. 175 è pertanto irricevibile [30].

II — *Sulla domanda ai sensi degli artt. 178 e 215 del Trattato CEE*

49. *1.* a) In ordine al problema della *ricevibilità* di tale domanda vanno anzitutto richiamate le considerazioni, svolte dalla Corte nella sentenza CMC e ribadite nelle sentenze Murri e Clemessy, secondo cui

«non può escludersi l'ipotesi di atti o di comportamenti della Commissione, dei servizi o di singoli dipendenti di questa, in occasione dell'esecuzione di progetti finanziati dal FES recanti pregiudizio a terzi» [31].

50. La Corte ha rilevato inoltre che:

«Chiunque si ritenga leso da tali atti o comportamenti deve avere pertanto la possibilità di presentare un ricorso, a condizione di dimostrare i presupposti di una responsabilità, ossia, l'esistenza di un danno provocato da un atto o da un comportamento illegittimo, imputabile alla Comunità» [32].

27 — V. le conclusioni dell'avvocato generale Römer presentate il 1° luglio 1971, nella causa 8/71, Deutscher Komponistenverband/Commissione, (Racc. pag. 705, in particolare pag. 716).

28 — V., sopra, ai paragrafi 15, 16 e 42.

29 — V. ordinanze 30 marzo 1990, causa C-371/89, Emrich/Commissione (Racc. pag. I-1555, punto 5 della motivazione) e 23 maggio 1990, causa C-72/90, Asia Motor France/Commissione (Racc. pag. I-2181, punto 10 della motivazione). Il punto se sia conforme alle prescrizioni dell'art. 175, terzo comma, la circostanza che il ricorrente, pur non essendo destinatario della misura in questione, ne sia direttamente ed individualmente interessato, è questione tuttora non chiarita in modo definitivo. Non è tuttavia necessario occuparsi di tale questione in questa sede.

30 — Sentenza nella causa CMC, punto 29 della motivazione.

31 — Sentenza nella causa CMC, punto 31 della motivazione.

32 — Loc. cit.

51. La Corte ha quindi riconosciuto, conformemente al principio dell'autonomia dell'azione di risarcimento danni rispetto sia al ricorso per annullamento [33] sia al ricorso per carenza [34], che la ricevibilità della prima non è pregiudicata dal fatto che la particolare natura giuridica delle misure della Commissione osti alla ricevibilità di un'azione di annullamento o di un ricorso per carenza.

52. b) Né la Commissione ha eccepito l'irricevibilità della domanda di risarcimento danni, ma si è limitata, nel controricorso, a considerare inammissibile una sua determinazione quantitativa.

53. Al riguardo va rilevato che la ricorrente, nel ricorso, si è espressamente riservata la determinazione del quantum del pregiudizio, per poi descrivere la natura di entrambe le fonti di pregiudizio lamentate: da un lato, le spese occorse per la presentazione dell'offerta, dall'altro, il lucro cessante in conseguenza della mancata aggiudicazione.

54. Nella replica, la ricorrente ha precisato l'ammontare dei danni da essa allegati [35].

55. Stando così le cose, la domanda proposta è da intendersi come domanda di accertamento — precisata a seguito delle indicazioni contenute nella replica — in relazione alle due suddette fonti di pregiudizio, per la quale deve richiamarsi la giurisprudenza della Corte che ha espressamente dichiarato ricevibili siffatte domande ed integrazioni, alla luce dell'art. 38, n. 1, lett. d), del regolamento di procedura [36].

56. 2. Quanto al *merito* della domanda in questione, la sua fondatezza dipende da tre condizioni, in particolare, dall'illegittimità del comportamento imputato all'istituzione, dal carattere effettivo del danno e dall'esistenza di un nesso di causalità tra il comportamento e il danno lamentato [37].

57. Come si chiarirà oltre, è sufficiente, nel presente caso, prendere in esame la questione dell'illegittimità del comportamento della Commissione.

58. a) Quanto all'individuazione di tale violazione, e in particolare, del comportamento che sarebbe stato legittimo, risulta che la ricorrente non ha avanzato al riguardo, per sostenere la propria domanda di risarcimento dei danni, alcun argomento distinto da quelli presentati nell'ambito delle altre domande. Dalla sua argomentazione scritta ed orale emerge, come ho già rilevato a proposito

33 — V. sentenza 26 febbraio 1986, causa 175/84, Krohn/Commissione (Racc. pag. 753, in particolare punto 32 della motivazione).

34 — V. sentenza 28 aprile 1971, causa 4/69, Lütticke/Commissione (Racc. pag. 325, in particolare punto 6 della motivazione).

35 — 478 624 000 LIT come spese di partecipazione alla gara d'appalto;
il 15% del prezzo offerto per ciascun lotto quale mancato guadagno (tali prezzi sono riportati nell'allegato 5 del ricorso).

36 — Sentenza 15 luglio 1963, causa 25/62, Plaumann/Commissione (Racc. pag. 197, in particolare pag. 221); v., altresì, sentenza 19 maggio 1992, cause riunite C-104/89 e C-37/90, Mulder e a./Consiglio e Commissione (Racc. pag. I-3061, punti 10 e 11 della motivazione).

37 — Giurisprudenza costante: v., ad esempio, sentenza 17 maggio 1990, causa C-87/89, Sonito/Commissione (Racc. pag. I-1981, punto 16 della motivazione).

delle domande ai sensi dell'art. 173 [38] e 175 [39], che nel presente caso sono in contestazione, complessivamente, due tipi di comportamento: da un lato, l'approvazione data all'aggiudicazione provvisoria ad un altro offerente e (tacitamente ad essa connessa) all'esclusione della ricorrente, dall'altro, il mancato intervento per far riammettere la ricorrente nella gara.

59. La ricorrente ritiene che la Commissione abbia ingiustamente avallato la posizione del CILSS secondo cui l'offerta della ricorrente con riguardo al servizio assistenza post-vendita agli utilizzatori non era conforme ai requisiti richiesti.

60. b) Sotto tale profilo, va anzitutto respinta l'obiezione dell'inapplicabilità (ai sensi dell'art. 184 del Trattato CEE) mossa dalla ricorrente nei confronti dell'art. 45, n. 2, primo e quinto comma, delle Disposizioni relative agli appalti pubblici. Invero la ricorrente non ha chiarito se intendeva avvalersi di tale obiezione per tutte le sue domande o per alcune di esse singolarmente. Deve in ogni caso rilevarsi che l'obiezione della ricorrente riguarda una violazione di principi di diritto materiale, cossiché la validità delle suddette Disposizioni, riguardanti la riservatezza del fascicolo della commissione istituita per l'aggiudicazione e l'obbligo (espressamente negato) di motivare la decisione adottata, non può rilevare ai fini della soluzione della controversia.

61. Del resto, tali Disposizioni costituiscono, come correttamente ha rilevato la Commissione, una regola di comportamento non per la Commissione (per la Comunità) bensì per l'amministrazione dello Stato terzo interessato e per la commissione istituita per l'aggiudicazione, la cui composizione ed il cui funzionamento sono disciplinati dalle norme di tale Stato (v. artt. 42 e 45 delle Disposizioni relative agli appalti pubblici).

62. c) Sennonché, osserva la ricorrente, l'illegittimità dell'operato della Commissione potrebbe risultare dal fatto che essa ha ingiustamente avallato la posizione del CILSS, che ha ritenuto l'offerta della ricorrente con riguardo all'assistenza post-vendita non conforme ai requisiti prescritti. Ove un simile errore della Commissione fosse accertato, si dovrebbe esaminare quali misure essa avrebbe dovuto adottare, a fronte della situazione creatasi, e se, di conseguenza, la dedotta omissione integri gli estremi di un comportamento illegittimo.

63. A mio parere, tuttavia, non sussiste alcun elemento dal quale desumere l'esistenza di un simile errore da parte della Commissione.

64. Va rilevato, al riguardo, che la ricorrente, nella lettera inviata in risposta alla richiesta del 14 novembre 1989 [40], ha espressamente fatto sapere che l'organizzazione dell'assistenza post-vendita offerta non potrebbe essere creata, qualora uno dei due lotti (in particolare, il lotto n. 2) fosse aggiudicato ad un altro offerente [41].

38 — Supra, paragrafo 38.

39 — Supra, paragrafo 47.

40 — V., supra, paragrafo 10; allegato 6 del ricorso.

41 — Ciò, in sintesi, è quanto viene affermato nella risposta relativa al lotto n. 3. In quella relativa al lotto n. 2 si legge che i lotti n. 2 e n. 3 costituivano, dal punto di vista degli investimenti che la Italsolar doveva compiere per l'assistenza post-vendita, una sola unità.

65. Tale condizione posta allo sviluppo dell'organizzazione del servizio assistenza post-vendita è in contrasto con la clausola sopra richiamata del capitolato d'appalto, secondo la quale le offerte per i singoli lotti sono considerate offerte separate e l'offerta economicamente più vantaggiosa viene determinata separatamente per ciascun singolo lotto [42]. L'offerta della ricorrente, in quanto riguardava un aspetto essenziale della gara [43] quale l'assistenza post-vendita, era quindi per entrambi i lotti subordinata ad una condizione inammissibile.

66. Ne consegue che, in linea di massima, è irrilevante come siano da valutare la qualificazione e l'esperienza delle singole imprese che la ricorrente ha indicato come suoi rappresentanti nei paesi a cui si riferiscono i due controversi lotti.

67. A ciò aggiungasi che la ricorrente non ha addotto elementi sufficienti per dimostrare che la sua offerta relativa al lotto n. 2 fosse conforme ai requisiti prescritti. L'offerta par tale lotto è pertanto inficiata da un'ulteriore lacuna. Inoltre, la lacuna inficiante la sua offerta in relazione al lotto n. 3 a causa della suddetta inammissibile condizione è tanto più grave, in quanto tale condizione, vale a dire l'assegnazione del lotto n. 2, appare impossibile da realizzarsi alla luce delle carenze dell'offerta relativa a tale lotto per quanto riguarda l'assistenza post-vendita.

68. Nel controricorso la convenuta ha su tale punto segnalato, senza essere contraddetta, che l'impresa Tagui, indicata dalla ricorrente per il Burkina Fasso, è un'impresa che si occupa della distribuzione di prodotti petroliferi. È pur vero che la ricorrente, nella replica, ha puntualizzato che la Tagui, grazie ai rapporti intrattenuti col gruppo ENI (al quale fa capo la Italsolar), ha potuto inviare in Italia alcuni suoi tecnici locali, per poter seguire un corso di qualificazione sulla tecnologia fotovoltaica. Tuttavia la ricorrente, nella risposta fornita alla suddetta richiesta, che riguarda in particolare anche l'addestramento professionale in loco del personale della relativa impresa, ha prefigurato tali misure di qualificazione professionale solo come prospettiva.

69. La ricorrente non ha nemmeno fatto valere che la Tagui è in possesso di esperienze nel campo dell'installazione e della manutenzione di singole componenti essenziali degli impianti da realizzare. Come è emerso nel corso della trattazione orale, durante la discussione sull'idoneità dell'impresa Toutelec Niger (indicata dalla ricorrente come rappresentante in uno dei paesi del lotto n. 3), una particolare attenzione in tema di manutenzione e di assistenza post-vendita era richiesta, in particolare (ma non esclusivamente), nel settore delle pompe. In ordine all'esperienza o alle qualificazioni dell'impresa Tagui in tale settore non sussiste tuttavia alcuna indicazione.

70. Per tale motivo, non può ravvisarsi nella scelta della convenuta di avallare l'esclusione della ricorrente, in conseguenza dell'approvazione della proposta di aggiudicazione ad un altro offerente, alcun errore di valutazione. È ovvio che un analogo rilievo deve

42 — V., supra, paragrafo 8.
43 — V., supra, paragrafo 5.

valere — una volta che si prescinda del tutto dalla portata dei poteri della Commissione — per il fatto che quest'ultima non ha intrapreso alcunché per far riammettere la ricorrente nella gara.

71. Infine, il complesso dei suddetti rilievi non risulta infirmato neppure dall'argomento della ricorrente relativo a pretesi tentativi di una certa persona di ottenere una quota dell'importo dell'appalto mediante estorsione. Non è stato dimostrato che, nella scelta degli offerenti che hanno già ottenuto l'aggiudicazione provvisoria, siano entrati in gioco pagamenti illeciti (in tal modo ottenuti). Le telecopie allegate dalla ricorrente alla replica — ammesso che siano attendibili — dimostrano tutt'al più che la stessa ricorrente era in trattative con la suddetta persona.

C — Conclusione

72. Per i motivi sopra esposti, propongo che la Corte voglia:

«— dichiarare irricevibili le domande ai sensi degli artt. 173 e 175 del Trattato CEE;

— respingere, in quanto infondata, la domanda ai sensi degli artt. 178 e 215 del Trattato CEE;

— condannare, ai sensi dell'art. 69 del regolamento di procedura, la ricorrente alle spese, ivi comprese quelle relative al procedimento sommario».