

Per questi motivi,

LA CORTE,

dichiara e statuisce:

- 1) Il ricorso è respinto.
- 2) La ricorrente è condannata alle spese, eccettuate quelle relative alla riapertura del dibattimento, le quali sono poste a carico della Commissione.

Kutscher Mertens de Wilmars Mackenzie Stuart Donner Pescatore
Sørensen O'Keeffe Bosco Touffait

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo, il 23 novembre 1978.

Per il Cancelliere
il Cancelliere-aggiunto
J. Pompe

Per il Presidente
il Presidente della Prima Sezione
J. Mertens de Wilmars

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE GERHARD REISCHL DELL'11 OTTOBRE 1978 ¹

*Signor Presidente,
signori Giudici,*

Mi sia lecito premettere quanto segue circa gli antefatti della causa:

La ricorrente, società di diritto belga Agence européenne d'Intérim S.A. (AEI), dal 31 luglio 1970 aveva fornito alla Commissione in Bruxelles «personnel intérimaire» (personale avventizio), in forza di contratti-quadro. Dopoché, nel novembre 1976, la convenuta aveva deciso di non prorogare ulteriormente il contratto con la ricorrente, che sarebbe scaduto il 19 marzo 1977, il 7 dicembre

1976 veniva organizzata una licitazione ristretta ai sensi dell'art. 59, n. 2 del regolamento finanziario 25 aprile 1973 (GU L 116 del 1° maggio 1973, pag. 1), il quale recita:

«Il contratto in base a licitazione viene concluso tra le parti contraenti in seguito a un bando di gara. In tal caso si può liberamente scegliere l'offerta giudicata più rispondente, tenuto conto del prezzo delle prestazioni, del costo di utilizzazione che esse implicano, del loro valore tecnico e del tempo necessario alla loro esecuzione, nonché delle garanzie profes-

¹ — Traduzione dal tedesco.

sionali e finanziarie presentate da ciascun candidato.

La licitazione è detta pubblica o aperta quando comporta un bando di gara generale; è detta ristretta quando vi sono ammessi solo i candidati che si è deciso di consultare in considerazione delle loro particolari qualifiche.»

Anche la ricorrente veniva invitata a partecipare alla licitazione. Sul contenuto e sul testo del bando di gara, come pure sul modo di procedere, la convenuta aveva previamente chiesto il parere — non obbligatorio — della commissione consultiva per i contratti.

La ricorrente presentava la sua offerta con diciotto altri offerenti. Le offerte, come stabilito dall'art. 62 del regolamento finanziario, venivano sottoposte per parere alla commissione consultiva. Il 25 febbraio 1977 questa si pronunciava per la stipulazione del contratto per la fornitura di «personnel intérimaire» con la Randstad S.A., motivando non solo con considerazioni di prezzo, ma anche col fatto che la retribuzione effettiva del personale, rispetto al corrispettivo versato dalla Commissione, era tra le più elevate, che il personale fornito occasionalmente dalla Randstad era sempre stato all'altezza della situazione e che questa ditta aveva sempre meritato la fiducia in essa riposta.

La convenuta dava quindi la preferenza alla Randstad S.A. e comunicava agli altri offerenti, tra cui la ricorrente, che le loro offerte non avevano avuto seguito. In prosieguo, la maggior parte degli «intérimaires» della ricorrente offriva i suoi servizi alla Randstad S.A., che effettivamente li assumeva.

Adducendo che la Commissione non ha adeguatamente motivato la decisione con cui ha respinto la sua offerta, ch'essa ha inoltre violato il regolamento finanziario e le norme per la sua attuazione ed infine ch'essa ha commesso uno sviamento di potere in quanto ha dato la preferenza alla Randstad S.A. per motivi estranei all'interesse del servizio, con ricorso propo-

sto il 3 maggio 1977 l'AEI chiede l'annullamento della decisione che ha respinto l'offerta e la condanna della Commissione al risarcimento dei danni valutati in 26,6 milioni di franchi belgi.

La Commissione conclude per la reiezione del ricorso, sostenendo che l'aggiudicazione è stata effettuata ritualmente, nell'osservanza delle norme relative ed esercitando nel modo dovuto il potere discrezionale.

La Randstad S.A. è intervenuta in causa a sostegno delle ragioni della convenuta.

A — Ricevibilità del ricorso

Sulla ricevibilità del ricorso, che da un lato tende all'annullamento di una decisione adottata dalla Commissione in un procedimento per la stipulazione di un contratto, e d'altro lato alla condanna della Commissione al risarcimento dei danni, la convenuta già nel controricorso ha dichiarato espressamente di non aver nulla da eccepire. Poiché, però, all'udienza del 15 giugno 1978 essa è stata nuovamente trattata dalle parti per espresso desiderio della Corte — sia pure con esito positivo — vorrei approfondire alquanto la questione.

I — Per quanto riguarda l'*impugnabilità di provvedimenti connessi alla stipulazione di contratti da parte della pubblica amministrazione*, essa non è ammessa in tutti gli Stati membri. Mentre in taluni di questi — ad es. Repubblica federale di Germania e Paesi Bassi — non vi sono rimedi giuridici contro atti del genere, in diversi altri Stati — ad es. Francia, Belgio, Lussemburgo ed Italia — è possibile il sindacato giurisdizionale su determinate decisioni relative ad aggiudicazioni di forniture. D'altro canto, non tutti gli atti relativi sono impugnabili, ma solo determinati provvedimenti preparatori della stipulazione (scelta del tipo di gara o trattativa, scelta dei partecipanti) nonché l'aggiudicazione stessa, cioè il provvedimento finale (cfr. in merito Schmitz, *Das Recht der öffentlichen Aufträge im Gemeinsamen Markt*, 1972, pag. 152 e segg.)

Nella disciplina comunitaria sulla stipulazione di contratti da parte di organi delle Comunità, che in parte ricalca la disciplina francese — ad es. l'art. 59, n. 2, del regolamento finanziario del 1973, di cui si tratta nella presente causa, riproduce quasi alla lettera l'art. 97, n. 1, del *Code des marchés publics* del 1964 — la questione delle impugnazioni non è espressamente contemplata. D'altro canto nella causa 23/76, in cui un offerente impugnava la reiezione della sua offerta e l'accoglimento di quella di un concorrente, questa Corte ha esaminato nel merito e respinto la domanda, senza tuttavia pronunciarsi sulla ricevibilità (sentenza 7 dicembre 1976, *Pellegrini*; Racc. 1976, pag. 1807). A mio parere la Corte, procedendo all'esame del merito, ha ammesso che il ricorso fosse ricevibile. Ciò è tanto più vero in quanto l'avvocato generale Mayras nelle sue conclusioni aveva ampiamente trattato e risolto in senso affermativo la questione della ricevibilità alla luce dell'art. 146 del Trattato CEEA, che corrisponde all'art. 173 del Trattato CEE. Egli trasponeva nel diritto comunitario la teoria francese dell'«acte détachable», elaborata per i contratti della pubblica amministrazione — la quale è simile alla teoria tedesca dei due stadi (*Zweistufentheorie*) in materia di sovvenzioni — e tracciava inoltre un parallelo col procedimento di concorso per la copertura di un posto vacante.

Sarei propenso ad associarmi in pieno alla tesi sostenuta dall'avvocato generale Mayras nella causa *Pellegrini*. Nell'ambito di una licitazione a norma dell'art. 59, n. 2 del regolamento finanziario del 1973, la Commissione ha dato la preferenza alla *Randstad*. Ciò si è concretato in una decisione della Commissione la quale, alle condizioni di cui all'art. 173, 2° comma, del Trattato CEE, può essere impugnata anche dai singoli. Il fatto che la decisione fosse diretta solo alla *Randstad* e non alle sue concorrenti, fra cui la ricorrente, è irrilevante ai fini dell'art. 173, 2° comma, giacché coloro le cui offerte non sono state accolte erano diretta-

mente e individualmente riguardati dalla decisione stessa. Accordando la preferenza ad un offerente si respingevano infatti le restanti offerte, e gli offerenti soccombenti erano pure chiaramente determinabili.

Ora la ricorrente chiede l'annullamento della «decisione» 1° marzo 1977 con cui la Commissione ha «respinto» l'offerta fattale dalla ricorrente stessa in una licitazione a norma dell'art. 59, n. 2, del regolamento finanziario allora in vigore.

1. Si potrebbe quindi dubitare della ricevibilità del ricorso per il fatto che la ricorrente chiede semplicemente l'annullamento della reiezione della propria offerta. È incerto se in questa «reiezione» — cioè in realtà nella mera non accettazione — dell'offerta si possa ravvisare una «decisione» della convenuta impugnabile isolatamente. Se in seguito ad una licitazione a norma dell'art. 59, n. 2, si addiviene alla stipulazione del contratto con uno degli offerenti, l'unico provvedimento che produce effetti direttamente verso l'esterno — come si desume dalla lettera e dallo spirito di detta disposizione — è la decisione dell'amministrazione che precede la stipulazione del contratto, cioè l'aggiudicazione. La non accettazione delle restanti offerte è semplicemente il riflesso necessario di tale decisione, non già un provvedimento autonomo — e autonomamente impugnabile. La ricorrente deve quindi ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione onde eliminare il fondamento dell'impugnata «reiezione» della sua offerta. Tutto ciò apparirà più chiaro da un parallelo di diritto comunitario e di diritto comparato. Nelle conclusioni per la causa *Pellegrini*, l'avvocato generale Mayras ha rilevato l'analogia tra le gare d'appalto e il concorso per l'assegnazione di un posto vacante (Racc. 1976, pag. 1827 e segg.). Nello stesso modo in cui il candidato non prescelto il quale sostenga che la nomina sarebbe spettata a lui, anziché al candidato effettivamente prescelto, non può impugnare la propria mancata no-

mina bensì deve impugnare la nomina dell'altro, così l'offerente rimasto soccombente in una gara d'appalto, il quale sostenga che la sua offerta avrebbe dovuto essere accettata, deve impugnare la stessa aggiudicazione. Qualora inoltre il diritto nazionale ammetta l'impugnazione in materia di stipulazione di contratti da parte della pubblica amministrazione e non vengano contestati semplicemente gli atti preparatori, oggetto dell'impugnazione è sempre la stessa aggiudicazione (cfr. Hainaut e Joliet, *Le contrat de travaux et de fournitures de l'administration dans le marché commun*, Vol. I, 1962, pag. 229 e segg., 236 e segg.; Vol. II, 1963, pag. 52 e segg., 168 e segg.; Schmitz *loc. cit.* pag. 152 e segg.).

2. Che questo sia pure il vero scopo perseguito nel presente ricorso lo si desume dai motivi dedotti. Essi rendono manifesto che la ricorrente in realtà critica l'aggiudicazione all'interveniente. Essa sostiene che la preferenza non avrebbe dovuto essere data all'interveniente bensì a lei ricorrente, giacché la sua offerta, non quella dell'interveniente, era la più «vantaggiosa».

Il ricorso si deve quindi intendere come diretto contro l'aggiudicazione e la domanda va interpretata in questo senso. La giurisprudenza di questa Corte in materia d'interpretazione delle domande dei ricorrenti (cfr. il commento di Wolf all'art. 38 del regolamento di procedura della Corte, nota 1 d), in *Handbuch der Europäischen Wirtschaft*, sub I A 63) contempla pure questo caso, dato che altrimenti la Corte, in corso di causa, avrebbe potuto e dovuto avvertire il ricorrente.

Concludendo, si deve quindi ritenere che il ricorso, in quanto diretto contro l'aggiudicazione, è ricevibile.

II — La ricorrente chiede inoltre che la convenuta sia condannata a *risarcire il danno*, valutato in 26,6 milioni di franchi belgi. Essa trae questa pretesa — come emerge dall'atto introduttivo e dalle de-

duzioni orali del suo patrono nella prima udienza — da un illecito della convenuta, che consisterebbe nell'illegittima reiezione dell'offerta della ricorrente e nell'illegittima aggiudicazione del contratto all'interveniente. Viene cioè fatta valere una pretesa che si basa sulla responsabilità extracontrattuale della Comunità per i danni causati dai suoi organi nell'esercizio delle loro funzioni nell'ambito della gara. A norma dell'art. 178 del Trattato CEE, la Corte è competente a conoscere dei ricorsi di questo genere. La pretesa è liquida ed anche adeguatamente motivata. Penso quindi che il ricorso sia ricevibile anche sotto questo aspetto.

B — Il merito del ricorso

L'esame del merito può essere limitato, almeno in un primo tempo, al capo della domanda relativo all'*annullamento della preferenza data all'interveniente*. Se questo infatti dovesse rivelarsi infondato, la pretesa di risarcimento andrebbe disattesa già per il fatto che non sussisterebbe alcun illecito della convenuta.

Mi sia lecito premettere alcune considerazioni di principio relative alla domanda di annullamento.

L'aggiudicazione all'interveniente è avvenuta in una gara a norma dell'art. 59, n. 2 del regolamento finanziario. Questa disposizione attribuisce alla Commissione, come mostra in particolare la seconda frase della disposizione stessa (citata all'inizio), un potere discrezionale molto ampio. Nel decidere a chi dare la preferenza, essa può scegliere liberamente l'offerta che appaia essere la *più vantaggiosa* (la plus intéressante), tenuto conto del prezzo delle prestazioni, dei costi di esercizio, delle garanzie professionali e finanziarie. Già da questa disposizione si desume che il prezzo, sul quale la ricorrente ha tanto insistito, non può essere di per sé decisivo, bensì la Commissione è libera di scegliere tenendo conto di tutti i criteri rilevanti. Non spetta quindi alla Corte, in sede di controllo sul provvedi-

mento di aggiudicazione, paragonare fra loro conteggi complessi e per essa poco perspicui. Il potere discrezionale della Commissione non può in alcun caso essere sostituito da quello della Corte. Oggetto del sindacato della Corte può essere solo il se sussista uno sviamento di potere. Nella già citata causa Pellegrini, nella sentenza 7 dicembre 1976 la Corte ha riassunto la questione nella breve formula secondo cui lo sviamento di potere può sussistere solo qualora sia provato che i motivi della scelta della Commissione erano estranei all'interesse del servizio (cfr. Racc. 1976, pag. 1820, nn. 26-30).

Del resto — e con ciò vorrei concludere le mie considerazioni di principio — nel controllo si deve aver riguardo al momento in cui è stata effettuata la scelta. *In quel momento* la Commissione doveva essere del parere che l'offerta da lei prelevata era la più vantaggiosa.

Se ora esaminiamo l'aggiudicazione di cui è causa alla luce dei principi testé esposti, mi pare certo che la domanda di annullamento è infondata.

Quando la ricorrente sostiene che la decisione della convenuta non è adeguatamente motivata, questa censura si riferisce alla comunicazione che l'offerta della ricorrente non era stata accolta, comunicazione la quale, in quanto semplice riflesso dell'aggiudicazione ad un altro offerente, non abbisognava di alcuna motivazione.

Quando la ricorrente deduce la violazione dell'art. 59, n. 2, del regolamento finanziario, in sostanza non fa che denunciare uno sviamento di potere, di cui parlerò in seguito. La pure dedotta violazione dell'art. 61, n. 2, del regolamento d'attuazione, la quale consisterebbe nel fatto che l'offerta dell'interveniente non avrebbe dovuto essere presa in considera-

zione giacché non possedeva i prescritti requisiti, non è stata provata dalla ricorrente.

Lo sviamento di potere, che è il punto sul quale la ricorrente soprattutto insiste, a mio parere non sussiste. La convenuta, prima di decidere, aveva chiesto il prescritto parere della commissione consultiva la quale, per svariati motivi, si era pronunciata per la stipulazione del contratto con l'interveniente. Già dopo questo parere, quindi, la convenuta poteva, senza commettere uno sviamento di potere, dare la preferenza all'interveniente. Essa ha per di più sempre sostenuto, per iscritto ed oralmente, che la sua scelta è stata dettata, a parte il prezzo, da numerose altre considerazioni. A mio parere, la ricorrente non ha potuto dimostrare che, al momento dell'aggiudicazione, la convenuta non potesse in buona fede ritenere che l'offerta della Randstad S.A. era la più vantaggiosa.

La domanda di annullamento è quindi infondata, con il che viene a mancare il fondamento giuridico della domanda di risarcimento. Non è del tutto chiaro in quale misura la ricorrente abbia voluto usare a sostegno della domanda di risarcimento — come censura autonoma, indipendente dalla questione dell'aggiudicazione — l'assunto secondo cui la Commissione, attraverso taluni suoi dipendenti, avrebbe contribuito attivamente a far sì che gran parte delle persone fino a quel momento fornite dalla ricorrente passassero al servizio dell'interveniente: quanto sostenuto per iscritto differisce infatti da quanto sostenuto oralmente. Non è stato dedotto in modo adeguato — e ancor meno è stato provato — che dipendenti della convenuta abbiano con ciò agito in modo illegittimo, costitutivo di un illecito della Commissione.

Propongo quindi che il ricorso sia respinto e che le spese del giudizio siano poste a carico della ricorrente.