contratos incumbe a las autoridades del Estado ACP.

De ello se deduce que, por lo que respecta a las empresas licitadoras, no existe un acto o una omisión de la Comisión susceptible de recurso con arreglo al segundo párrafo del artículo 173 o al tercer párrafo del artículo 175 del Tratado CEE.

Si bien tales empresas pueden interponer un recurso de responsabilidad al amparo de los artículos 178 y 215, párrafo segundo, del Tratado, sólo puede apreciarse responsabilidad de la Comisión en la medida en que haya adoptado un acto ilegal o incurrido en una actuación culposa al ejercer las competencias estrictamente limitadas que le atribuye el Convenio.

INFORME PARA LA VISTA
presentado en el asunto C-257/90 *

I. Marco jurídico del litigio

El Tercer Convenio ACP-CEE firmado en Lomé el 8 de diciembre de 1984 [1] dispone en el artículo 192 del título III, consagrado a la cooperación financiera y técnica:

«1. Las intervenciones financiadas por la Comunidad serán realizadas por los Estados ACP y la Comunidad en estrecha colaboración, respetando la igualdad respectiva.

2. Corresponde a los Estados ACP la responsabilidad de:

[...]

d) Preparar, negociar y celebrar los contratos;

[...]

4. Corresponde a la Comunidad la responsabilidad de adoptar las decisiones de financiación relativas a los proyectos y programas de acción.»

El artículo 222 del citado Convenio dispone:

«1. Todo proyecto o programa de acción financiado mediante una subvención del Fondo dará lugar a la celebración de un Convenio de financiación entre la Comi-

* Lengua de procedimiento: italiano.

1 — DO 1986, L 86, p. 1.

sión, en nombre de la Comunidad, y el Estado o Estados ACP afectados.

[...]»

A tenor del apartado 3 del artículo 225 del Convenio:

«3. Los Estados ACP y los demás beneficiarios autorizados por éstos ejecutarán los proyectos y programas de acción financiados por la Comunidad; tendrán, en particular, la responsabilidad de preparar, negociar y celebrar los contratos necesarios para la ejecución de dichas operaciones.»

Según el apartado 2 del artículo 226:

«2. El ordenador de pagos principal, en estrecha colaboración con el ordenador de pagos nacional, velará por que se garantice la igualdad de condiciones en la participación en las convocatorias de ofertas, la eliminación de las discriminaciones en el expediente de convocatoria de ofertas y la elección de la oferta económica más ventajosa. Recibirá el resultado del examen de las ofertas y aprobará la propuesta de adjudicación del contrato, sin perjuicio de las competencias ejercidas por el delegado de la Comisión en virtud del artículo 228.»

Por último, a tenor del apartado 1 del artículo 45 de las disposiciones reglamentarias relativas a los contratos públicos de obras y suministros financiados por el Fondo Europeo de Desarrollo:[2]

«1. La Comisión propondrá a la Administración[3] la oferta económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta en particular, el precio de las prestaciones, su coste de utilización y su valor técnico y las garantías financieras.

2. Las deliberaciones de la Comisión serán objeto de un acta que no podrá hacerse pública ni comunicada a ningún candidato. Este acta será visada por los miembros de la Comisión.

A título informativo, la Administración notificará la elección del licitador elegido por medio de carta certificada con acuse de recibo [...]

[...]

La Administración notificará igualmente por carta certificada a los demás licitadores la desestimación de su oferta.

La Administración no estará obligada a comunicar los motivos de su elección.

[...]»

2 — DO 1972, L 39, p. 3.

3 — El punto 4 del artículo 4 de las Disposiciones reglamentarias precisa que debe entenderse por Administración: el Estado, una entidad local o toda persona de derecho público en cuyo nombre se celebre el contrato.

II. Hechos y procedimiento

1. *Hechos*

Con arreglo al tercer Convenio de Lomé, antes citado, la Comunidad decidió financiar con los recursos del sexto Fondo Europeo de Desarrollo,[4] un programa regional de utilización de la energía solar fotovoltaica en los países del Sahel, presentado por el Comité Permanente Interestatal para la lucha contra la desertización en el Sahel (CILSS).

Este programa comprende la introducción a gran escala de equipos fotovoltaicos con objeto de difundir y promover la utilización común de la energía solar en los medios rurales de nueve países del Sahel.[5]

Con arreglo al citado artículo 222 del Convenio, se estableció un Convenio de financiación del proyecto entre la Comunidad, representada por la Comisión, y los nueve Estados de que se trata, representados por el CILSS.

A consecuencia del anuncio nº 2731, relativo a una preselección de empresas,[6] Italsolar presentó una solicitud de participación en la licitación restringida identificada como proyecto con el nº 6100.20.94.216 (REG/6116).

El artículo IV de las cláusulas particulares de la licitación disponía que el contrato estaba fraccionado en tres lotes.[7] Las ofertas podían presentarse para uno, dos o tres lotes.

Se precisaba que el pliego general de condiciones aplicable era el «pliego general de condiciones de los contratos públicos de obras y suministros financiados por el Fondo Europeo de Desarrollo» antes citado.

Las ofertas debían detallar separadamente, por un lado, las características de los materiales, así como los precios de su suministro e instalación y, por otro, las modalidades de ejecución y los precios de determinadas prestaciones posteriores a la venta (creación de una red de comercialización de piezas de repuesto, mantenimiento de los equipos y formación de personal).

Mediante escrito de 6 de julio de 1989, firmado por el Secretario ejecutivo del CILSS, Italsolar fue invitada a participar en la licitación restringida y se le informó de que antes del 6 de noviembre de 1989 debía presentar su oferta con arreglo a lo dispuesto en los documentos de la licitación a la Dirección General de Desarrollo (DG VIII) de la Comisión de las Comunidades Europeas.

Italsolar presentó su oferta en los plazos previstos para los lotes segundo y tercero.

4 — Establecido por el Acuerdo interno relativo a la financiación y a la gestión de las ayudas de la Comunidad (86/126/CEE), DO 1986, L 86, p. 210.

5 — Burkina Faso, Cabo Verde, Gambia, Guinea Bissau, Malí, Mauritania, Níger, Senegal y Chad.

6 — DO S 62 de 29.3.1988.

7 — Lote nº 1: Cabo Verde, Gambia, Guinea Bissau, Mauritania y Senegal; lote nº 2: Burkina Faso y Malí; lote nº 3: Nigeria y Chad.

El 7 de noviembre de 1989, en la sede de la Comisión en Bruselas, se procedió a la apertura de las plicas que contenían las ofertas recibidas. Estas fueron examinadas y valoradas a continuación. Al efectuar este examen, se solicitaron diversas informaciones y explicaciones a los candidatos, así como a los Ministerios competentes de los Estados miembros del CILSS.

Mediante escrito de 14 de noviembre de 1989 de la DG VIII, se pidió a Italsolar que facilitase informaciones suplementarias sobre las especificaciones técnicas del material, las referencias sobre precedentes utilizaciones en países de ultramar, las modalidades de instalación previstas así como la organización del servicio postventa. La demandante facilitó todas estas informaciones en los plazos establecidos.

El 27 de noviembre de 1989 se envió una misión a los establecimientos Italsolar en Italia para efectuar comprobaciones técnicas sobre los productos de la sociedad.

Mediante escrito de 5 de marzo de 1990, el Secretario ejecutivo del CILSS pidió a Italsolar que prorrogara el plazo de validez de su oferta por dos meses para permitir finalizar el análisis de las ofertas y la concertación entre los beneficiarios y la Comisión de las Comunidades Europeas, financiadora del programa.

A continuación, el CILSS propuso adjudicar provisionalmente el contrato a empresas distintas de Italsolar y proceder respecto a ellas a la fase de pruebas técnicas con arreglo al artículo 5 del Anexo técnico a la parte A de los documentos de licitación. La Comisión aprobó esta propuesta el 30 de abril de 1990.

Por consiguiente, el CILSS informó a Italsolar de la desestimación de su oferta, por télex de 3 de mayo de 1990, confirmado mediante escrito de 7 de mayo del mismo año.

Mediante escrito de 7 de mayo, Italsolar, refiriéndose al texto del télex, solicitó a la Comisión medidas correctoras y se reservó el derecho a someter el asunto a los órganos jurisdiccionales competentes.

Mediante escrito de 12 de junio de 1990, la Comisión respondió a Italsolar que la facultad de decidir la adjudicación del lote correspondía al Secretario ejecutivo del CILSS, ya que el Programa Regional Solar en el que se insertaba la licitación se ejecutaba bajo la responsabilidad de este organismo. La Comisión añadió que, en todo caso, el CILSS había recabado el concurso de expertos internacionales para apreciar las especificaciones técnicas de las diferentes ofertas y que al efectuar la apreciación global de la oferta económicamente más ventajosa, con arreglo a los documentos de la licitación, se había tomado en consideración no sólo la calidad intrínseca del material, sino también la viabilidad de los equipos y, en particular, el servicio postventa y las garantías ofrecidas para el mantenimiento. Por último, la Comisión recordó a Italsolar que, con arreglo al párrafo 5 del apartado 2 del artículo 45 de las citadas disposiciones reglamentarias, la Administración no estaba obligada a motivar su decisión.

Mediante escrito de 9 de julio de 1990, dirigido al Secretario ejecutivo del CILSS, Italsolar alegó que la decisión de excluirla del procedimiento de licitación adolecía de desviación de poder e infringía las normas procedimentales y materiales aplicables a los contratos públicos financiados por el FED. En este escrito, Italsolar solicitó también

formalmente la suspensión de la decisión de exclusión y la autorización a participar a consecuencia del procedimiento y, en particular, de las pruebas de laboratorio hasta la adjudicación final. Italsolar solicitaba subsidiariamente que se transmitiera su reclamación a cualquier autoridad que pudiera ser competente. De no adoptarse medidas favorables a Italsolar, ésta iniciaría el procedimiento de arbitraje previsto por el artículo 238 del Convenio de Lomé III, para que se reconozca su derecho a participar en el procedimiento y a que se le adjudique el contrato por haber efectuado la oferta económicamente más ventajosa o, en su defecto, para que se le concedan una indemnización de daños y perjuicios.

En efecto, Italsolar interpuso el 4 de diciembre de 1990 una solicitud de arbitraje contra el CILSS ante la Cámara internacional de comercio.

2. *Fase escrita del procedimiento*

El 22 de agosto de 1990, la demandante interpuso un recurso contra la Comisión ante el Tribunal de Justicia basándose en el párrafo segundo del artículo 173, el párrafo tercero del artículo 175, el artículo 178 y el párrafo segundo del artículo 215 del Tratado, presentando simultáneamente una demanda de medidas provisionales que, por auto del Presidente del Tribunal de Justicia, de 25 de octubre de 1990, no se admitió.

Visto el informe del Juez Ponente y oído el Abogado General, el Tribunal de Justicia decidió iniciar la fase oral sin previo recibimiento a prueba y atribuir el asunto a la Sala Sexta.

3. *Pretensiones de las partes*

La *demandante* solicita al Tribunal de Justicia que:

— Acuerde la admisión del recurso en su totalidad.

— Declare nula y sin valor ni efecto alguno la decisión de la Comisión comunicada a la demandante mediante escrito de 12 de junio de 1990 y, subsidiariamente, declare que la Comisión dejó de adoptar las medidas que estaba obligada a adoptar respecto a la demandante.

— Condene a la Comisión a reparar el perjuicio producido a la demandante.

— Condene a la Comisión en costas, incluidas las del procedimiento sobre medidas provisionales.

La *demandada* solicita al Tribunal de Justicia que:

— Acuerde la inadmisión del recurso por cuanto se basa en los artículos 173 y 175 del Tratado y, con carácter subsidiario, lo desestime por infundado.

— Desestime el recurso por infundado por cuanto se basa en el artículo 178 y en el segundo párrafo del artículo 215 del Tratado.

— Condene a la demandante en costas, incluidas las del procedimiento sobre medidas provisionales.

III. Motivos y alegaciones de las partes

1. *Admisibilidad*

La *Comisión* considera que no procede admitir el recurso en la medida en que se basa en los artículos 173 y 175 del Tratado.

El procedimiento de adjudicación de contratos públicos establecido en el marco de la cooperación financiera y técnica introducido por los Convenios ACP/CEE implica un reparto de competencias entre la Comisión y las autoridades de los Estados ACP.

Aunque corresponde a la Comisión adoptar decisiones, en nombre de la Comunidad, sobre la financiación, la responsabilidad de preparar, negociar y celebrar los contratos corresponde a las autoridades de los Estados ACP. De ello se deriva, conforme a reiterada jurisprudencia,[8] que frente a las empresas licitadoras, no puede existir ningún acto u omisión emanado de la Comisión y que pueda ser objeto de recurso de anulación o por omisión.

Según la Comisión, ello es válido especialmente en el caso de que se trata, en el que el acto impugnado, es decir el escrito que la Comisión dirigió a la demandante el 12 de julio de 1990, carece evidentemente de carácter decisorio y se refiere simplemente a la definición de postura anterior del CILSS.

Si bien la Comisión aportó su asistencia al CILSS, en particular por lo que respecta a la organización material y logística del procedimiento de licitación, ello no significa, sin embargo, que la Comisión haya sustituido al CILSS en la dirección de la misma. En efecto, el CILSS presidió el examen de las ofertas, dirigió la comisión técnica y propuso los resultados de la adjudicación provisional, con arreglo a las competencias que le confiere el Convenio de Lomé III.

Por el contrario, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deriva que puede admitirse el recurso de indemnización, aunque la Comisión, en su dúplica, niegue la admisibilidad de la cuantificación de los daños y perjuicios expuesta por la demandante por primera vez en su réplica.

La *demandante* sostiene que el *escrito* de 12 de junio de 1990 impugnado constituye la definición de postura definitiva de la Comisión sobre los hechos que Italsolar le expuso, y que dicho escrito puede perjudicar directamente su situación jurídica, aunque formalmente —pero sólo formalmente— el acto que le perjudica es el que lleva la firma del Secretario ejecutivo del CILSS.

Añade que el acto impugnado se dirigía a la demandante y constituye la manifestación exterior de la negativa de la Comisión a rectificar el error denunciado por la demandante. De este modo, el presente recurso se distingue de los recursos similares precedentes cuya inadmisión acordó el Tribunal de

8 — Sentencias de 10 de julio de 1984, STS/Comisión, (126/83, Rec. p. 2769), de 10 de julio de 1985, CMC/Comisión, (118/83, Rec. p. 2325), de 19 de septiembre de 1985, Murri/Comisión, (33/82, Rec. p. 2759) y de 24 de junio de 1986, Développement y Clemessy/Comisión, (267/82, Rec. p. 1907).

Justicia en la medida en que se formulaban contra actos de la Comisión dirigidos a un Estado ACP y relativos a la aprobación de una licitación o a la firma de un contrato.

Por otra parte, la *abstención* que se reprocha a la Comisión no afecta a la adjudicación y firma del contrato correspondiente, sino a los que impone a la Comisión el Convenio de Lomé III, es decir un deber de asistencia por lo que respecta a la organización del procedimiento de concurso y un deber de vigilancia durante el mismo procedimiento. La Comisión debería velar por que la Administración que procede a la adjudicación respete los principios de igualdad y de no discriminación y elija la oferta económicamente más ventajosa.

El *perjuicio* sufrido por la demandante se convirtió en definitivo a causa de la negativa de la Comisión a cumplir por completo el papel institucional que le corresponde en el Convenio de Lomé III y por su falta de reacción, con ayuda de los instrumentos de que dispone, ante la exclusión ilegal de la demandante. Si la Comisión hubiera actuado debidamente, este perjuicio podría haberse evitado.

Como el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de resolver en el pasado, el hecho de que el Convenio de Lomé establezca un procedimiento de arbitraje para las empresas licitadoras frente a las autoridades de los países ACP no priva a aquellas empresas de la posibilidad de gozar de la protección jurídica que les garantiza el Tratado CEE frente a la Comisión. Al presentar una petición de arbitraje, ciertamente que la demandante no tenía la intención de liberar a la Comisión de las responsabilidades que le incumben en virtud del Derecho comunitario.

Por ello la demandante considera que procede resolver favorablemente sobre la admisibilidad tanto de acción de daños y perjuicios como de las peticiones basadas en los artículos 173 y 175 del Tratado.

2. *Fondo*

A. La *demandante* considera que la decisión que le fue notificada por la Comisión mediante escrito de 12 de junio de 1990 es *ilegal* y que en todo caso, la Comisión *no adoptó las medidas necesarias* para salvaguardar los intereses de la demandante. Todo ello le produjo un *perjuicio* grave.

1. *Recurso de anulación*

La demandante alega que ni el CILSS ni la Comisión le comunicaron los *motivos* de su exclusión. La norma de las disposiciones reglamentarias citadas anteriormente que dispensa a la Administración de comunicar los motivos de su elección es contraria al artículo 190 del Tratado CEE. A este respecto la demandante se refiere al artículo 5 *bis* de la nueva Directiva del Consejo en materia de contratos públicos de obras,[9] con arreglo al cual el poder adjudicador comunicará a todo licitador rechazado los motivos del rechazo de su oferta.

9 — Directiva 89/440/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1989, que modifica la Directiva 71/305/CEE sobre coordinación de los procedimientos de celebración de los contratos públicos de obras (DO L 210, p. 1).

También es contraria a Derecho la norma que somete a secreto el acta que contiene las deliberaciones de la Comisión adjudicadora.

Por consiguiente, la demandante alega formalmente la ilegalidad de estas dos normas. Señala que el Consejo y la Comisión elaboraron Directivas dirigidas a erradicar las discriminaciones y abusos en las licitaciones públicas de las autoridades de los Estados miembros y a garantizar a las empresas excluidas los adecuados instrumentos de protección jurídica, en tanto que las empresas comunitarias que participan en licitaciones financiadas enteramente por fondos comunitarios y gestionadas por los servicios de la Comisión con el concurso puramente formal de los países ACP no tienen más remedio que sufrir perjuicios injustos sin ninguna posibilidad concreta de obtener satisfacción plena.

Por otra parte, la demandante sostiene que la Comisión cometió *negligencias graves e inexcusables* en el cumplimiento de las misiones que le son propias respecto a la celebración del contrato y a la comprobación de su legalidad.

Según ella, no era posible criticar de buena fe la oferta de Italsolar para justificar la exclusión en una fase relativamente preliminar del procedimiento de selección, es decir antes de efectuar las pruebas técnicas en laboratorio destinadas a comprobar el material. En efecto, la oferta de Italsolar no sólo fue —y con mucho— la mejor respecto al precio, sino que también era técnicamente irreprochable, incluso en opinión de los expertos de la Comisión. La exclusión de la demandante coincidió con su negativa a plegarse a las indebidas exigencias de ciertos dirigentes del CILSS.

La demandante niega el fundamento del motivo de exclusión de su oferta, es decir la pretendida inconsistencia de su servicio postventa. En efecto, dio amplias muestras de su experiencia, de su compromiso y de su capacidad organizativa, así como de los contactos sobre el terreno con importantes sociedades de los países interesados. Además, la demandante forma parte del grupo ENI, que dispone de considerable experiencia.

Por otra parte, la demandante considera que la decisión por la que la Comisión avaló la expresión del contrato decidido por el CILSS debe declararse inválida dado que, al hacer esto, la Comisión puso en evidencia que quería parapetarse detrás del CILSS para no cumplir las obligaciones que le incumben a efectos de garantizar el correcto desarrollo de los procedimientos de licitación financiados con fondos comunitarios.

2. *Recurso por omisión*

En caso de que el Tribunal de Justicia decidiera que la medida adoptada por la Comisión respecto a Italsolar no constituía una decisión con arreglo al artículo 189 del Tratado, la demandante señala que la Comisión, de cualquier modo, incurrió en *omisión* respecto a ella por no haber intervenido para que la readmitieran en el procedimiento de licitación.

No puede admitirse la alegación de que corresponde exclusivamente a las autoridades

de los Estados ACP proceder a adjudicar y firmar los contratos. La abstención que se reprocha a la Comisión no se refiere a la adjudicación y firma del contrato correspondiente sino precisamente a los deberes que el Convenio de Lomé impone a la Comisión, a saber el deber de asistencia respecto al procedimiento de concurso y el deber de vigilancia en el transcurso del propio procedimiento. La Comisión debe velar por que el órgano de contratación respete el principio de no discriminación de los licitadores y elija la oferta que resulte económicamente más ventajosa.

3. *Recurso de indemnización*

El comportamiento por lo menos negligente de la Comisión fue origen del *perjuicio* sufrido por Italsolar en la medida en que fue una de sus causas determinantes.

Se admite generalmente que para poder establecer un *nexo de causalidad* entre un acto y el perjuicio sufrido, basta que este acto haya constituido una de las causas del perjuicio, sin que se exija que sea la única.

El *perjuicio* sufrido por Italsolar a causa del comportamiento de la Comisión es injusto en la medida en que la exclusión del licitador que hizo la oferta más ventajosa, probablemente por causa de su negativa a avalar un intento de concusión, no constituye un riesgo normal al que se expone toda empresa que decide participar en un procedimiento de licitación.

Los elementos constitutivos de este perjuicio son en primer lugar todos los costes soportados por la demandante para participar en la licitación. Además, remitiéndose en este punto a la apreciación, la demandante considera que es razonable reclamar la compensación de la pérdida del beneficio que esperaba obtener del contrato y que valora en un 15 % del precio ofrecido por cada lote.

B. La *Comisión* declara que, por lo que respecta al *recurso de indemnización*, la demandante no aporta ningún medio que pueda demostrar que la Comisión incurriera en negligencia grave e inexcusable en el cumplimiento de las tareas que le han sido asignadas en la ejecución del concurso y la comprobación de su legalidad.

El procedimiento del concurso se desarrolló normalmente con el apoyo de una comisión técnica de valoración de las ofertas constituida por expertos independientes.

La Comisión recuerda que el papel que el Convenio de Lomé le asigna no es sustituir a la comisión técnica. En el presente caso, la demandante comprobó que los trabajos de la comisión técnica habían sido efectuados seria y correctamente. Así pues, la demandante no encontró ninguna razón para oponerse a las conclusiones de los expertos independientes que constituyeron la base de la propuesta de adjudicación provisional del CILSS.

La iniciativa de la misión técnica en Italsolar fue adoptada por dos miembros de esta co-

misión y por el funcionario de la demandada que asiste a la comisión técnica en sus trabajos. Lejos de demostrar, como sostiene la demandante, que la demandada, en esta fase del concurso, «sustituyó al CILSS», estas circunstancias demuestran, por el contrario, el compromiso y seriedad con los que tanto la demandada como la comisión técnica cumplieron sus respectivas tareas.

La decisión del CILSS de no elegir la oferta de la demandante, aunque ésta fuera la más barata, se justificó en particular por la insuficiencia del servicio postventa ofrecido. A este respecto, la Comisión subraya que el éxito del conjunto del programa solar dependía en gran parte de la posibilidad de poner a disposición de los usuarios un servicio de asistencia rápido, eficaz y económico.

Frente a las exigencias del pliego de condiciones, el servicio postventa propuesto por Italsolar era vago e incompleto y se basaba en estructuras privadas no especializadas o sin referencias sólidas en el sector.

Así pues, la Comisión considera que su comportamiento no puede calificarse de ilegal y que falta por completo fundamento en que basar la responsabilidad de la Comunidad respecto a la demandante.

La Comisión se opone formalmente a la cuantificación de los perjuicios presentada por la demandante.

La Comisión sostiene, con carácter subsidiario, que de lo que precede se deriva que los recursos de anulación y por omisión no sólo no pueden admitirse, sino que son infundados.

J. L. Murray
Juez Ponente