CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. G. FEDERICO MANCINI

presentadas el 4 de febrero de 1986 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. Mediante recurso registrado en la Secretaría de este Tribunal de Justicia el 29 de septiembre de 1982, dos empresas francesas del sector de la construcción imputan a la Comisión de las Comunidades Europeas que su actuación les ha hecho perder la adjudicación del contrato para la construcción del inmueble que ha de albergar al Instituto Farmacéutico de Somalia. Los demandantes pretenden que se les resarza de este daño, por lo que, según lo previsto en los artículos 178 y 215, párrafo 2, del Tratado CEE, solicitan del Tribunal de Justicia que se condene a la Comisión al pago de la suma de 1 202 754 FF.

Veamos los hechos. En el marco de las relaciones de cooperación financiera con los países ACP previstas en el primer Convenio de Lomé [28 de febrero de 1975 (DO L 25 de 30.1.1976, p. 1)], la Comisión se comprometió a financiar con recursos del Fondo Europeo de Desarrollo (en adelante el Fondo), un proyecto destinado a la realización de dicho Instituto. En consecuencia el ministro somalí de Obras Públicas convocó el 12 de diciembre de 1979 una licitación en la que participaron cinco empresas: Montitalia, Dravo Costruttori, General Impiant, Astaie y, asociada a Clemessy, Développement SA, entonces denominada Sopha Développement. Al término de un procedimiento algo complejo que se prolongó durante más de un año, el organismo competente —que en el caso de autos era el ministro somalí de Planificación— comunicó oficialmente el 19 de agosto de 1981 al delegado de la Comunidad en Mogadiscio la decisión de adjudicar el contrato a la sociedad Dravo.

Afirman las empresas francesas demandantes que durante el procedimiento de licitación la Comisión presionó en varias ocasiones a las autoridades somalíes, induciéndolas a modificar en favor de la empresa Dravo su decisión inicial de adjudicar el contrato a Sopha Développement.

Los demandantes alegan, en concreto, que: a) tras haber aceptado en debida forma el 28 de junio de 1980 la oferta de Sopha, dichas autoridades decidieron anular, el 15 de marzo de 1981, la convocatoria de la licitación y entablar una negociación restringida con las tres sociedades que habían presentado las ofertas económicamente más ventajosas; es decir, Sopha, Dravo y Montitalia; b) esta medida se adoptó como consecuencia de las instrucciones recibidas de los servicios comunitarios y a la luz del informe técnico presentado por el profesor Lhoest, el experto belga, a quien la autoridad nacional competente había encargado la valoración de las ofertas de las cinco empresas; c) el 14 de mayo de 1981, el contrato se adjudicó de nuevo a Sopha, y esta vez sobre la base de una oferta ajustada a las indicaciones del experto; d) cinco días más tarde, el delegado de la CEE solicitó por escrito al ministro competente que dejara en suspenso los efectos de la adjudicación, a la espera de un segundo informe del profesor Lhoest. De esta manera, en el plazo de tres meses las obras se adjudicaron definitivamente a Dravo Costruttori.

* Traducido del italiano.

2. A la luz de estos hechos invocan los demandantes la responsabilidad de la Comisión, la cual les privó dos veces de su logro ya adquirido, y reclaman el reintegro de los gastos desembolsados durante el procedimiento de licitación, en Europa y en Somalia.

Mediante escrito de réplica registrado en la Secretaría el 6 de diciembre de 1982, la institución denunciada excepcionó la inadmisibilidad al recurso y solicitó de este Tribunal a tenor del artículo 91, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento, que decidiera sobre el incidente sin entrar en el fondo del asunto, el cual no sería competencia del Tribunal de Justicia, ya sea como consecuencia del régimen jurídico que, en los procedimientos de licitación, regula las relaciones jurídicas entre la Comisión, los países ACP y las empresas interesadas, o bien a tenor de lo previsto en las disposiciones relativas a las vías de solución de los litigios que puedan surgir en la materia. Señala también la demandada la naturaleza subsidiaria, respecto a las vías procesales de derecho interno, de las acciones contempladas en los artículos 178 y 215. Dicho con otras palabras, Clemessy y Développement SA deberían haberse dirigido en primer lugar a los órganos jurisdiccionales nacionales.

Después de que las demandantes evacuaran el escrito de réplica, el Tribunal, mediante resolución de 18 de mayo de 1983, decidió examinar la excepción junto con la demanda principal. De cualquier modo la tesis de la Comisión carece de fundamento. Al examinar hace ya algunos meses un incidente en todo punto idéntico al presente, afirmó este Tribunal que por lo que respecta al procedimiento que regula la ejecución de los proyectos financiados por el Fondo, «no puede excluirse la hipótesis de actos o comportamientos de la Comisión [...] que causen daño a terceros. Cualquier particular que se considere lesionado por tales actos [...] debe disponer de la posibilidad de interponer un recurso, con el fin de determinar la existencia de una responsabilidad [...] imputable a la Comunidad» *(traducción provisional,* en lo sucesivo **); llegando a la conclusión de que «debe desestimarse la excepción de inadmisibilidad planteada por la Comisión en la medida en que se refiere a los recursos en materia de responsabilidad extracontractual interpuestos a tenor de lo previsto en los artículos 178 y 215, párrafo 2, del Tratado» (**); (sentencia de 10 de julio de 1985, asunto 118/83, Muratori y otros contra Comisión, Rec. 1985, p. 2325). La misma conclusión es aplicable al caso de autos.

3. Pasemos al *examen del fondo* del asunto. Según las empresas francesas, la Comisión habría incurrido en una responsabilidad subjetiva y, subsidiariamente, objetiva. En lo relativo a la primera, se aducen cuatro motivos. La Comisión habría:

1) desconocido la prohibición de discriminación prevista en el artículo 215 del segundo Convenio (*recte*: artículo 56 del primer Convenio) de Lomé, a tenor del cual todas las personas físicas y jurídicas de los Estados miembros y de los países ACP tienen el derecho de participar en condiciones de igualdad en las convocatorias de licitaciones y en los contratos financiados por el Fondo;

2) perjudicado con su comportamiento sus expectativas legítimas;

3) provocado diversas irregularidades que viciaron el procedimiento concluido con la victoria de Dravo;

4) infringido el artículo 25 (*recte*: 21), del Protocolo nº 2 del primer Convenio de Lomé, a tenor del cual debe elegirse la oferta económicamente más ventajosa.

Por razones de comodidad expositiva examinaré en primer lugar los motivos primero y tercero. Con ellos, los demandantes imputan a la Comisión el no haberles informado adecuadamente sobre las modalidades del procedimiento, el no haber motivado las decisiones relativas al nombramiento del experto y a la anulación de la convocatoria de la licitación, el no haberles permitido el ac-

ceso a la correspondencia mantenida entre la Comisión y las autoridades somalíes y el haberles ocultado los motivos por los cuales el profesor Lhoest fijó en su primer informe el calendario de las negociaciones directas.

¿Qué puede decirse de estos argumentos? A mi parecer, lejos de probar una conducta ilícita de la Comisión, lo que hacen dichos argumentos es cuestionar tanto la regularidad del procedimiento seguido para la adjudicación del contrato como la validez de la decisión de adjudicación. Ahora bien, planteadas las cosas de este modo, no corresponde a nuestro Tribunal conocer del asunto. La sentencia Muratori afirma, en efecto, que «no existe en el presente caso, un acto (de la Comisión) que pueda ser objeto de un recurso de los previstos en el artículo 173 del Tratado» (**); y las razones que justifican esta exclusión son evidentes. Las intervenciones de los agentes comunitarios en las licitaciones tienen por única finalidad comprobar que se cumplen los requisitos necesarios para proceder a los pagos previstos; dicho en otros términos, su objetivo no es «atentar contra el principio en virtud del cual (tanto los procedimientos como) los contratos de que se trata no son sino procedimientos y contratos nacionales cuya elaboración, negociación y adjudicación, es competencia exclusiva de los Estados ACP [...]; (por lo que) las empresas que participan en la licitación quedan al margen de las relaciones [...] que se establecen [...] entre la Comisión y los Estados ACP» (**) (sentencia de 10 de julio de 1984, asunto 126/83, STS contra Comisión, Rec. 1984, p. 2769).

Sin salirse del terreno de la responsabilidad extracontractual, es evidente de todas maneras que, antes incluso de resultar infundados, los motivos alegados por los demandantes —el hecho de que determinados actos no se motivaran e imposibilidad de conocer algunos aspectos del procedimiento— no son imputables a los agentes de la Comunidad. En efecto, de los autos resulta que fue el contratante nacional, es decir, el Ministro de Planificación somalí, el encargado de efectuar, el día 3 de diciembre, el nombramiento del profesor Lhoest, entre una lista de expertos que, a solicitud de la autoridad nacional, le proporcionó los servicios de la Comisión. Puede decirse lo mismo por lo que respecta a las decisiones en virtud de las cuales se anuló la licitación y se entabló una negociación con las tres sociedades que habían presentado las mejores ofertas; que también fueron adoptadas por el mismo ministro —en virtud de los artículos 10 y 53, respectivamente, del pliego general de los contratos públicos financiados por el Fondo (DO L 39 de 14.2.1972, p. 13)— mediante carta con fecha de 15 de marzo de 1981, regularmente notificada a todas las empresas interesadas. A dichas empresas se les requería, además, para que respondieran al formulario incluido en el informe del experto y para que hicieran llegar las nuevas ofertas a más tardar el siguiente 30 de abril.

Las medidas irregulares que los demandantes imputan a la Comisión lo son exclusivamente de las autoridades somalíes y se motivan, además, con detalle, aunque el artículo 45, apartado 4, del arriba citado pliego general disponga que la administración no está obligada a motivar la decisión por la que se anula una licitación. Por lo que respecta a la pretensión de tener acceso a la correspondencia mantenida entre la Comisión y los organismos competentes para adjudicar el contrato, hago constar que las propias demandantes no han podido fundamentarla en ningún precepto. De todas maneras no se ve con claridad en dónde pueda residir el nexo de causalidad que a este respecto se imputa a la demandada y la no adjudicación del contrato en detrimento de las dos empresas.

En lo que concierne, finalmente, a la insuficiencia de las informaciones sobre las formalidades del procedimiento, procede recordar que, a tenor del artículo 30, apartado 2, del pliego general, compete al contratante nacional convocar la licitación y regular la preparación, la presentación y el examen de los proyectos. Por todo lo dicho, deben desestimarse ambos motivos.

4. Pasemos, entonces, al examen de los motivos primero y cuarto. Ambos se basan, en lo esencial, en el hecho de que en dos ocasiones —el 28 de junio de 1980 y el 14 de mayo de 1981— las autoridades competentes para adjudicar los contratos declararon adjudicataria a Sopha Développement. Criticando sistemáticamente tanto la conveniencia como la calidad de la oferta presentada por esta empresa, la Comisión, sin hacer públicos, sin embargo, los motivos de sus críticas, indujo a la autoridad nacional a que se retractase de lo considerado en un principio, favoreciendo, de esta manera, a la sociedad competidora, a la que se acabó adjudicando el contrato. Ahora bien, tal comportamiento infringe el artículo 56, apartado 1, del primer Convenio de Lomé, que proclama el principio de igualdad de condiciones entre las empresas participantes en licitaciones para proyectos financiados por el Fondo. Igualmente resulta infringido el tenor del artículo 21 del Protocolo nº 2 del mismo Convenio, a tenor del cual debe elegirse la oferta más ventajosa desde el punto de vista económico.

A mi parecer este argumento parte de una premisa falsa: no es cierto que a Sopha Développement se la eligiera como adjudicataria de la licitación. En realidad, los actos sobre los cuales los demandantes basan la afirmación contraria no consisten en la propuesta formal de adjudicación —que sólo puede hacer el contratante nacional, a tenor del artículo 30, apartados 2 y 3, del Protocolo nº 2— sino en meros *dictámenes* formulados por el comité técnico somalí que asesora al ministro nacional de Obras Públicas; y lo que aún es más, en ninguna de las dos ocasiones recibió Sopha la notificación de la carta mediante la cual la administración informaba de la adjudicación del contrato a la licitadora por ella elegida (artículo 45, apartado 2, párrafo 1 del pliego general).

Por lo que respecta a la Comisión, citaré los artículos 18 y 21 del Protocolo nº 2, en virtud del cual, y en provecho de una gestión diligente de los recursos comunitarios, esta institución tiene no sólo el derecho, sino también la *obligación* de velar para que las licitaciones nacionales se desarrollen de tal manera que concluyan con la aceptación de la oferta económicamente más ventajosa, teniendo «particularmente en cuenta la capacitación de los adjudicatarios, así como las garantías por ellos presentadas, la naturaleza y las condiciones de ejecución de las obras, el precio de las prestaciones y su valor técnico» (**). Ahora bien, si nos atenemos a los autos, comprobamos que esta obligación ha sido cumplida de manera correcta y que, lejos de perjudicar o de favorecer a uno o a otro de los licitadores, las intervenciones de los funcionarios comunitarios han contribuido a eliminar las numerosas imprecisiones y omisiones de los primeros proyectos presentados a las autoridades somalíes, permitiendo a éstas seleccionar la mejor oferta, teniendo como base el informe final del experto (que no es posible someter a control en este contexto).

Como ya hemos dicho, los demandantes solicitan a título subsidiario al Tribunal que reconozca la responsabilidad objetiva de la demandada, y alegan para ello tanto la tu-

tela del derecho a la propiedad, tal como se configura en Derecho alemán, como la protección de los administrados respecto a aquellos actos de la Administración pública que, aunque legítimos, resultan lesivos, de acuerdo con los criterios desarrollados por la jurisprudencia francesa. A este respecto surge la cuestión de si dichos principios forman parte del patrimonio jurídico común a los Estados miembros; no creo, sin embargo, que valga la pena plantearse semejante cuestión. En efecto, para rebatir el argumento de los demandantes basta con señalar que ningún acto de las autoridades somalíes, o de la Comisión reconoció a Sopha Développement como adjudicataria del contrato. Por otra parte, el hecho de que para participar en la licitación, la empresa francesa haya debido correr con determinados gastos no atenta contra su derecho a la propiedad, ni vulnera su posición jurídica como administrado. No es preciso decir que, en efecto, el hecho de concurrir para la adjudicación de un contrato de derecho público no conlleva la certeza de la adjudicación.

Si de acuerdo con lo arriba expuesto, no puede considerarse ilícito el comportamiento de la Comisión, no procede, pues, examinar la parte de la demanda relativa a la entidad del daño a reparar. El recurso carece, en definitiva, de fundamento.

5. Por todo lo dicho, concluimos proponiendo al Tribunal que declare admisible el recurso entablado el 29 de septiembre de 1982 por las empresas Développement SA y Clemessy y que lo desestime en cuanto al fondo por no ser fundado. A tenor de lo previsto en el artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, procede condenar en costas a los demandantes.