CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. CARL OTTO LENZ

presentadas el 30 de junio de 1992 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

A. Hechos

1. El presente recurso de anulación, por omisión y de indemnización, se refiere a un procedimiento de licitación restringida que se inició con participación de una organización interestatal de determinados países ACP, el «Comité permanent Inter-Etats de lutte contre la sécheresse dans le Sahel» [Comité Permanente Interestatal para la lucha contra la desertización en el Sahel (CILSS)], en el marco del Tercer Convenio de Lomé [1] (en lo sucesivo, «Convenio»). Este procedimiento contribuía a la ejecución de un programa de acción regional financiado por el Fondo Europeo de Desarrollo en los Estados miembros del CILSS. La demandante, Italsolar, con domicilio en Milán, había presentado una oferta que fue desestimada por el CILSS. El objeto de las presentes demandas es el comportamiento de la Comisión en el mencionado procedimiento, comportamiento por el que, en opinión de la demandante, la Comisión ha incumplido sus obligaciones.

2. El mencionado programa, cubierto por un acuerdo de financiación con arreglo al artículo 22 del Convenio, que delimita el marco de la licitación en litigio, fue presentado por el CILSS y se refiere a la utilización de energía fotovoltaica en los países del Sahel (programme régional solaire — PRS). La introducción de equipos fotovoltaicos en gran escala pretende extender y vulgarizar la utilización de la energía solar en el territorio de nueve países del Sahel. [2] En particular, se trata de equipos solares para el funcionamiento de bombas, iluminación, refrigeración y para la carga de baterías y acumuladores; el bombeo representa el aspecto más importante, con el 95 % de la potencia máxima instalada (artículo 1 del Anexo técnico a las condiciones particulares aplicables a la licitación = parte A del pliego de condiciones). Como aclaración del programa se expone que éste se basa en los siguientes principios:

«— Los gastos corrientes deben ser sufragados por los utilizadores.

— El PRS debe constituir la primera fase de un proceso de extensión de la energía solar, que se basa en una relación normal de negocios entre clientes y proveedores y, sobre todo, con respecto al servicio postventa.»

3. La propia licitación [nº 6100.20.94.216 (REG 6116)] se basaba en el mencionado pliego de condiciones, que constaba del pliego de cláusulas particulares (parte A) y de un Anexo técnico, así como del pliego de cláusulas generales (parte B). Además, se aplicaban las disposiciones generales para la

* Lengua original: alemán.

1 — Tercer Convenio ACP-CEE, celebrado con arreglo a la Decisión del Consejo y la Comisión, de 24 de marzo de 1986 (DO L 86, p. 1).

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

adjudicación de contratos públicos de obras y suministros financiados por el Fondo Europeo para el desarrollo[3] (en lo sucesivo,«disposiciones de adjudicación»). Según el artículo III de la parte A del pliego de condiciones, la licitación tenía por objeto, por un lado, el suministro e instalación de los mencionados equipos y, por otro, prestaciones complementarias como:

— El establecimiento de una red de distribución de piezas de repuesto;

— el mantenimiento de los equipos;

— acciones para la formación del personal.

4. Por lo que respecta a los pormenores de los suministros y prestaciones de instalación del servicio postventa, el mantenimiento y la formación del personal, ruego al Tribunal que se remita al Anexo técnico.

5. Mientras que el apartado 1 del artículo 236 del Convenio y el apartado 1 del artículo 45 de las disposiciones para la adjudicación determinan los criterios generales para la averiguación de la «oferta más ventajosa económicamente», cuya elección se persigue con arreglo al apartado 2 del artículo 226 del Convenio, de diferentes pasajes de la parte A del pliego de condiciones se deduce que, en la licitación de que se trata, el *servicio postventa* ofrecido es «de importancia fundamental», entre estos criterios (véase el apartado X.2 de la parte A, así como el artículo 1, penúltimo párrafo y el artículo 3.1. del Anexo técnico). La última disposición citada indica que deben rechazarse las ofertas que no se ajusten a las normas en ella expuestas con independencia de cómo se valoren, por lo demás, la calidad y el precio de los suministros; contiene los requisitos concretos que deben satisfacer las distintas ofertas sobre este punto. El licitador debe dar, para cada Estado que esté comprendido en el correspondiente lote, el nombre y referencias de una sociedad que le represente en dicho Estado y que asegure el servicio postventa bajo la responsabilidad del adjudicatario. Se debe tratar de una sociedad de carácter estable y a la que se aplique el Derecho del lugar. La oferta debía indicar, entre otras cosas:

— La razón social, la fecha de constitución, el capital social del representante en cada Estado, así como la localización de los establecimientos de esta sociedad;

— las referencias de esta sociedad con respecto a la ejecución de tareas comparables a las que son objeto de la presente licitación;

— el carácter de los acuerdos comerciales celebrados entre el licitador y sus representantes locales.

6. En el artículo 8 del Anexo técnico, que regula la composición de las ofertas, se dice, respecto al servicio postventa, que deben presentarse, entre otras cosas, documentos que faciliten información sobre los representantes nacionales del adjudicatario, así como sobre los medios que se dedicarán al cumplimiento de las obligaciones relativas al servicio postventa.

3 — Véase Reglamento (CEE) nº 282/72 del Consejo, de 31 de enero de 1972 (DO L 39, p. 1).

7. La licitación estaba dividida en tres lotes, que abarcaban los diferentes países del Sahel:

Lote nº 1: Cabo Verde, Gambia, Guinea Bissau, Mauritania y Senegal;

Lote nº 2: Burkina Faso y Malí;

Lote nº 3: Níger y Chad.

8. Con arreglo al artículo IV.4 de la parte A del pliego de condiciones, los licitadores podían presentar ofertas para uno, dos o tres lotes, debiendo constituir ofertas separadas. Había que elegir para cada lote por separado la oferta económicamente más ventajosa con arreglo a los criterios señalados en el anexo técnico. Para hacer posible la comparación de los distintos sistemas y prestaciones, se preveía que no podían adjudicarse los tres lotes al mismo licitador.

9. De acuerdo con la solicitud de la demandante de admisión en la licitación restringida, presentada en el marco de la licitación nº 2731 para la preselección de empresas,[4] mediante escrito de 6 de julio de 1989, el Secretario ejecutivo del CILSS le instó a que, antes del 6 de noviembre de 1989, presentara en la Dirección General de Desarrollo (DG VIII) de la Comisión una oferta con arreglo al pliego de condiciones que se adjuntaba. La demandante presentó dentro de plazo una oferta *para el segundo y tercer lote.*

10. Después de abrirse las plicas recibidas se examinaron y valoraron las ofertas y se pidieron diversas informaciones y aclaraciones. Por lo que respecta a la demandante, se le instó, mediante escrito de la DG VIII, de 14 de noviembre de 1989, a que presentara informaciones complementarias, referentes a las especificaciones técnicas del material, referencias sobre anteriores aplicaciones en países de ultramar, los pormenores previstos de instalación y la organización del servicio postventa.

11. La demandante presentó todas estas informaciones dentro del plazo señalado.

12. El 27 de noviembre de 1989 se envió una delegación a los establecimientos de la demandante para someter los productos de la empresa a comprobaciones técnicas.

13. Después de que la demandante, a petición del CILSS, prorrogara por dos meses el plazo final previsto en el artículo XVI de la parte A del pliego de condiciones, el CILSS propuso no adjudicar el contrato a la demandante, sino atribuirlo provisionalmente a otras empresas, procediendo con éstas, con arreglo al artículo 5 de la parte A del pliego de condiciones, a la fase de pruebas técnicas. La Comisión aprobó esta propuesta el 30 de abril de 1990.

14. Acto seguido el CILSS notificó a la demandante la no aceptación de su oferta, mediante télex de 3 de mayo de 1990, confirmado por escrito de 7 de mayo de 1990.

4 — DO S 62 de 29.3.1988.

15. Mediante escrito de 7 de mayo de 1990, la demandante se dirigió a la Comisión, refiriéndose únicamente al télex, pues es evidente que aún no había recibido el escrito de confirmación de 7 de mayo. Expuso que si esta notificación (de 3 de mayo) significaba la exclusión de sus ofertas de la adjudicación y si dicha exclusión le era comunicada de forma definitiva, lo consideraría absolutamente ilegal, por razones de peso que no dejaría de dar a conocer; por tanto, la demandante se reservó la posibilidad de hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes. Entre otras cosas, alegó que al abrirse las plicas se había visto que su oferta era la más económica y que las sociedades que había escogido para que la representaran en cada país eran competentes. Cualquier medida de exclusión que no esté objetivamente fundada tiene como consecuencia la anulación de todo el procedimiento de licitación.

16. En conclusión se dice:

«Con la esperanza de que la notificación que hemos recibido sea consecuencia de un error, les agradeceríamos una pronta respuesta al respecto.»

17. La Comisión respondió, mediante escrito del Director General de la DG VIII, de 12 de junio de 1990, que la competencia para decidir sobre la adjudicación de lotes reside en el Secretario ejecutivo del CILSS, pues esta organización es responsable de la ejecución del PRS en cuyo marco se produce la licitación. La Comisión afirma que en todo caso siguió el expediente con atención y que el CILSS recabó la colaboración de expertos internacionales para evaluar las especificaciones técnicas de las distintas ofertas. Además, para decidir qué oferta era en conjunto económicamente más ventajosa, en correspondencia con el pliego de condiciones, no sólo se había tenido en cuenta la calidad de cada uno de los materiales, sino también la capacidad operativa de las instalaciones y en especial el servicio postventa y las garantías de mantenimiento. En el marco de este procedimiento, según dice el redactor del escrito, debe manifestar su pesar al comprobar que la oferta de Italsolar —que mostró innegables ventajas que justificaron la prórroga de la oferta de la demandante— no pudiera ser elegida por el Secretario ejecutivo del CILSS. Si la demandante considera que debe formular objeciones con respecto a esta licitación, tiene que comunicarlas en realidad al CILSS. No obstante, con arreglo al párrafo quinto del apartado 2 del artículo 45 de las disposiciones para la adjudicación, la Administración no está obligada a fundamentar su decisión.

18. Mediante escrito de 9 de julio de 1990, dirigido al Secretario ejecutivo del CILSS, la demandante solicitó la revocación de la decisión que le excluía y la autorización para participar en el curso del procedimiento, en especial en las pruebas de laboratorio, hasta la adjudicación definitiva. En caso de que no se adopten medidas en favor de la demandante, ésta, dado que su oferta es la más ventajosa económicamente, incoará el procedimiento arbitral de acuerdo con el artículo 238 del Convenio para que se reconozca su derecho a participar en el procedimiento y se le adjudique el contrato o, en su defecto, reciba una indemnización de daños y perjuicios.

19. El 4 de diciembre de 1990 la demandante presentó una solicitud de arbitraje en la Cámara de Comercio internacional contra el CILSS.

20. Mediante resolución de 25 de octubre de 1990 el Presidente del Tribunal de Justicia desestimó una demanda de medidas provisionales presentada por la demandante mediante escrito separado.

21. La demandante considera ilegal su exclusión del procedimiento de licitación, así como la decisión de la Comisión que se le notificó mediante escrito de 12 de junio de 1990. En todo caso, la Comisión no adoptó —según ella— las medidas que habrían sido precisas para salvaguardar sus intereses. Todo ello le produjo serios perjuicios, cuya reparación exige la demandante a la Comisión.

22. La *demandante* solicita al Tribunal de Justicia que:

— Declare nula y sin efecto alguno la decisión que le fue comunicada mediante escrito de 12 de junio de 1990.

— Con carácter subsidiario, declare que la Comisión no adoptó las medidas a las que estaba obligada frente a ella.

— Condene a la Comisión al pago de los daños y perjuicios sufridos por la demandante.

— Condene a la Comisión al pago de las costas, incluidas las del procedimiento sobre medidas provisionales.

23. La *Comisión* solicita al Tribunal de Justicia que:

— Declare la inadmisibilidad del recurso en la medida en que se basa en los artículos 173 y 175 del Tratado CEE y, con carácter subsidiario, lo desestime por infundado.

— Desestime el recurso por infundado en la medida en que se basa en el artículo 178 y en el párrafo segundo del artículo 215 del Tratado CEE.

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

24. Sobre la cuestión de la fundamentación del recurso de indemnización, alega en primer lugar que, habida cuenta de la insuficiencia comprobada en el servicio postventa ofrecido por la demandante, considera la propuesta del CILSS compatible con el pliego de condiciones y que no hay motivo alguno para oponerse a dicha propuesta.

B. Definición de postura

I. *Demandas basadas en los artículos 173 y 175 del Tratado CEE*

25. *1.* El litigio sobre la admisibilidad de estas demandas afecta esencialmente al reparto de las competencias entre la Comisión, que con arreglo al apartado 1 del artículo 226 y al apartado 1 del artículo 228 del Convenio está representada por el ordenador de pagos principal y el delegado, y la administración que actúa por cuenta de los Estados ACP interesados (en el presente caso, el CILSS) para la ejecución de los proyectos financiados por el Fondo Europeo

de Desarrollo con arreglo a los artículos 192 y 215 y siguientes del Convenio. En este marco, hay que resolver sobre dos cuestiones distintas, es decir, por un lado, sobre la adjudicación del contrato como tal y, por otro, sobre la financiación con los recursos del Fondo.

26. Por lo que respecta a la distribución de las competencias en este contexto, la demandante ha aclarado en la vista la argumentación que había desarrollado —de modo impreciso— en la fase escrita. En ésta defendió el punto de vista de que, aunque corresponde al CILSS la competencia para negociar y cerrar los contratos,[5] la Comisión dispone, sin embargo, de amplias competencias respecto a la organización y control del procedimiento de adjudicación.[6] La Comisión, en el caso que motivó el asunto CMC,[7] se opuso a la exclusión de la oferta más ventajosa y el Tribunal de Justicia no vio en ello ninguna ilegalidad.[8]

27. Dentro de sus alegaciones sobre su solicitud con arreglo al artículo 175, la demandante añade que, en el marco del procedimiento de licitación, corresponde a la Comisión un deber de vigilancia, es decir, que debe velar por que el órgano administrativo adjudicador respete los principios de igualdad y no discriminación y elija la oferta económicamente más ventajosa.[9] Por ello cometió una omisión, puesto que no intervino para que la demandante fuera readmitida en el procedimiento en curso.[10]

5 — Réplica, p. 8.

6 — *Loc. cit.*

7 — Sentencia de 10 de julio de 1985, CMC/Comisión (118/83, Rec. p. 2325).

8 — Demanda, p. 17.

9 — Réplica, p. 5.

10 — Demanda, p. 18.

28. Sin embargo, la demandante no se ha manifestado expresamente en la fase escrita sobre si las competencias y deberes indicados —aparte de la financiación [véase la letra a) del apartado 4 del artículo 192 del Convenio]— también afectaban jurídicamente a la *adjudicación y al procedimiento seguido* a este fin. Por el contrario, ante todo se ha referido a la posición *de hecho* de la Comisión: el acto jurídico que perjudica a la demandante lleva formalmente —pero sólo formalmente— la firma del Secretario ejecutivo del CILSS;[11] las licitaciones financiadas por el Fondo Europeo de Desarrollo son administradas por la Comisión, mientras que los Estados ACP participan de una manera meramente formal.[12] Así, la propia Comisión envió una delegación al establecimiento de la demandante, mientras que el CILSS se opuso al envío de esa delegación e impidió que su propio representante participara en ella.[13]

29. En la vista, la demandante se ha referido a la letra d) del apartado 3 del artículo 192 del Convenio, que dice así:

«Los Estados ACP y la Comunidad compartirán la responsabilidad de:

[...]

d) adoptar las medidas de aplicación precisas para garantizar la igualdad de las condiciones de participación en las convocatorias de oferta y en los contratos.

11 — Demanda, p. 10.

12 — Demanda, pp. 15 y 16.

13 — Réplica, pp. 1 y 2.

[...]»

30. De una comparación de esta disposición con la letra d) del apartado 2 del artículo 192, conforme a la que los Estados ACP son responsables de

«preparar, negociar y celebrar los contratos»,

la demandante deduce que los Estados ACP y la Comunidad son responsables *conjuntamente* del procedimiento de licitación hasta la adjudicación, mientras que corresponde solamente a la competencia exclusiva del Estado ACP interesado —en la fase posterior a la adjudicación— la celebración del contrato con el licitador elegido. La aprobación de la propuesta del Estado ACP para la adjudicación provisional por parte del representante de la Comisión [véanse las letras d) y e) del apartado 3 del artículo 228 del Convenio] es un requisito imprescindible para la propia adjudicación.

31. Al examinar la demanda de anulación abordaré la cuestión del comportamiento de la Comisión, que podría constituir una intromisión en la esfera de competencias del CILSS, mientras que aquí trataré la cuestión fundamental del reparto de competencias.

32. A este respecto, el Tribunal de Justicia, en la sentencia STS,[14] confirmada por las posteriores sentencias CMC[15] y Murri,[16] así como Clemessy,[17] después de apreciar las correspondientes disposiciones del Segundo Convenio de Lomé aplicable a estos asuntos,[18] llegó a la conclusión de que:

«los contratos patrocinados por el FED son contratos nacionales, para cuya preparación, negociación y celebración son responsables las autoridades de cada Estado ACP».[19]

33. Por lo que respecta a las competencias del delegado y del ordenador de pagos principal (representante de la Comisión) con arreglo al artículo 123 del Segundo Convenio de Lomé (artículo 228 del Tercer Convenio, que se aplica en este caso), el apartado 16 de la sentencia declara:

«Los representantes de la Comisión intervienen en este procedimiento —ya se trate de aprobaciones o de denegaciones de aprobación, de visados o de denegaciones de visado— sólo para comprobar si se reúnen los requisitos para la financiación comunitaria. Estas intervenciones no tienen por objeto ni pueden tener como efecto afectar al principio de que los contratos de referencia continúan siendo contratos nacionales, para cuya preparación, negociación y celebración son responsables los Estados ACP».

14 — Sentencia de 10 de julio de 1984, STS/Comisión (126/83, Rec. p. 2769).

15 — *Loc. cit.*

16 — Sentencia de 19 de septiembre de 1985, Murri/Comisión (33/82, Rec. p. 2759).

17 — Sentencia de 24 de junio de 1986, Développement y Clemessy/Comisión (267/82, Rec. p. 1907).

18 —

Lomé II		Lomé III
Apartado 2 del artículo 108	=	Apartado 2 del artículo 192
Artículo 120	=	Apartado 3 del artículo 225
Artículo 122	=	Artículo 227
Apartado 5 del artículo 108	=	Apartado 4 del artículo 192
Artículo 121	=	Artículo 226
letra a) del apartado 1 del artículo 123	=	letra a) del apartado 1 del artículo 228

19 — Apartado 13 de la sentencia STS.

34. Más adelante en la sentencia, el Tribunal de Justicia expone (apartado 18, *in fine*):

«(Los candidatos) sólo mantienen relaciones jurídicas con el Estado ACP responsable del contrato, y los actos de los representantes de la Comisión no pueden producir el efecto de sustituir una decisión del Estado ACP por una decisión comunitaria respecto a ellos, ya que el Estado ACP es el único competente para celebrar y firmar este contrato.»

35. Un examen de conjunto de estas citas pone claramente de manifiesto que la competencia exclusiva de los Estados ACP de ningún modo se refiere a la firma de los contratos con los licitadores elegidos después de la adjudicación. En efecto, estos Estados continúan siendo responsables del *procedimiento* de licitación, pues los representantes de la Comisión sólo intervienen en este caso a efectos de financiación comunitaria (apartado 16), pero también son responsables de la misma decisión de adjudicación, lo que queda claramente señalado por la expresión «contratos nacionales» [20] y, por lo demás, queda confirmado por el artículo 45 de las disposiciones sobre la adjudicación. [21] Por lo que concierne especialmente a la circunstancia controvertida por la demandante de que el alcance de la aprobación dada por la Comisión a la propuesta de adjudicación provisional se limita a la financiación, no sólo es de consideración el citado apartado 16 de la sentencia STS, sino también la siguiente afirmación del Tribunal de Justicia en la misma sentencia (apartado 19), según la cual:

«El acto por el que el representante de la Comisión ha aprobado la adjudicación de los contratos en litigio a la empresa Tell Space no le afecta "directamente" en el sentido del apartado 2 del artículo 173 del Tratado CEE.»

36. A la vista de todo ello, no procede admitir la opinión de la demandante sobre la cuestión de la atribución de competencias en el procedimiento de licitación.

37. 2. De todo lo antedicho se deduce que no pueden admitirse las demandas con arreglo a los artículos 173 y 175 por diversos motivos al mismo tiempo.

38. a) Por lo que respecta a lo solicitado con arreglo al artículo 173, su admisibilidad depende de si afecta a un acto que puede producir efectos jurídicos. [22] La demandante considera que el escrito de 12 de junio de 1990 por ella criticado constituye un acto de este tipo. A este respecto, la alegación —no

20 — Véase también el auto del Presidente del Tribunal de Justicia, de 25 de octubre de 1990, en el procedimiento sobre medidas provisionales (asunto 257/90 R), apartado 18, en el que se dice en este sentido que el CILSS resolverá sobre la adjudicación positiva o negativamente.

21 — En efecto, en él se establece, con respecto al procedimiento que deben seguir la comisión encargada de examinar las ofertas y la Administración del Estado tercero interesado, que:
1. La Comisión propondrá a la Administración la oferta más ventajosa económicamente [...]
2. [...]
La Administración notificará con carácter informativo su decisión al licitador elegido mediante carta certificada con acuse de recibo [...]
[...]
La Administración notificará a los demás licitadores la desestimación de su oferta también por correo certificado.
La Administración no está obligada a comunicar los motivos de su elección.
[...]
4. Si la Administración decidiere no proseguir la tramitación de una licitación, informará de ello a todos los licitadores [...]
(El subrayado es mío)

22 — Véase, por ejemplo, el auto de 4 de octubre de 1991, Bosman/Comisión (C-117/91, Rec. p. I-4837), apartado 13.

muy clara—[23] resultante de sus escritos ha sido replanteada en la fase oral como sigue: el escrito expresa una doble decisión de la Comisión. Por un lado, comunica la aceptación tácita de la exclusión en forma de aprobación dada a la adjudicación provisional; por otro, manifiesta la negativa a adoptar medidas para corregir la situación, es decir, destinadas a que la demandante sea readmitida en el procedimiento.

39. No puedo adherirme a esta opinión. En dicho escrito, la Comisión se limita a explicar su punto de vista sobre las competencias, los criterios para la adjudicación, así como las disposiciones formales aplicables, y a confirmar —basándose en su conocimiento de las circunstancias— que el CILSS no tuvo en cuenta la oferta de la demandante.

40. El único acto que podría producir efectos jurídicos es la medida del CILSS mencionada en el escrito a la que, sin embargo, la Comisión solamente alude. Esta medida no se puede imputar a la Comunidad ni tal como la presenta la Comisión en el escrito ni en la realidad (como hemos visto con respecto al reparto de las competencias). Tampoco cambia nada la alegación de la demandante según la cual el CILSS resolvió sólo formalmente sobre la exclusión criticada. No existe respaldo para decir que la Comisión actuó a este respecto fuera de su esfera de competencia o ejerció una influencia inadmisible sobre el CILSS con el fin de excluir a la demandante de la adjudicación. Cierto que la demandante alegó que la Comisión adoptó decisiones en lugar del CILSS en el marco del envío de la delegación técnica (lo que, sin embargo, niega la demandada). Por el contrario, no se opuso a la exposición de la Comisión según la cual, totalmente de conformidad con la atribución de competencias, la propuesta de adjudicación provisional a otro licitador partió del CILSS.

41. Pues bien, en el escrito criticado no se menciona la posible aprobación de la Comisión de la adjudicación provisional, e incluso en su recurso la demandante parte de que aún está pendiente la adjudicación provisional.[24]

42. Tampoco puedo reconocer que la Comisión haya rechazado un requerimiento de la demandante para que corrigiera la situación. Ello tampoco es sorprendente, ya que la demandante no formuló en su escrito de

23 — En las páginas 10 y 11 del recurso se expresa que una postura explícita de la Comisión (frente al CILSS) que expusiera claramente el carácter ilegal de la exclusión de la demandante, habría evitado sin duda esa exclusión. De este modo, la Comisión adoptó una decisión con efectos jurídicos en la esfera de la demandante, puesto que mediante el escrito criticado se negó a adoptar las medidas solicitadas por ésta para salvaguardar sus intereses. En la página 18 del recurso se lee, a continuación, que debe declararse la nulidad de la decisión de la Comisión, por la que se aprobó la exclusión de la demandante (como se desprende de las alegaciones de carácter subsidiario que se añaden, la demandante parece partir de que esta decisión fue notificada en el escrito criticado). No queda clara la relación entre estos dos puntos de vista. En la réplica (p. 4), la demandante expone que el escrito de la Comisión contiene su postura definitiva respecto a los hechos que presenta la demandante y que en él se expresa la negativa de la Comisión a corregir el error censurado por la demandante.

24 — Véase la p. 11 del recurso.

7 de mayo de 1990 ningún requerimiento expreso en este sentido. Por un lado, expresa en él que —y por qué motivo— considera ilegal su exclusión, que se reserva el derecho de recurrir «ante los órganos jurisdiccionales competentes» y que, a su juicio, una exclusión no justificada objetivamente tiene como consecuencia la anulación de todo el procedimiento de licitación. Por otro lado, expresa la esperanza de que se trate de un «error» y pide a la Comisión una «respuesta».

43. A la vista de todo ello, hay que declarar que el recurso basado en el artículo 173 ya no puede admitirse por el hecho de que no exista un acto que pueda producir efectos jurídicos.

44. Sin embargo, en el caso de que el Tribunal de Justicia entienda el escrito de la Comisión en el sentido de que contiene la aprobación (de la adjudicación provisional) o la negativa (a corregir la situación), criticadas por la demandante, estos actos no podrían, en cualquier caso, afectar directamente a la misma.[25] Esta afirmación no queda afectada tampoco por la sentencia del Tribunal de Justicia, citada por la demandante, en la sentencia Piraiki-Patraiki.[26] En dicha sentencia se trataba de si una autorización de la Comisión respecto de las medidas de salvaguardia con arreglo al párrafo segundo del apartado 1 del artículo 130 del Acta de Adhesión de Grecia, afectaba directamente a las demandantes, productoras griegas de algodón. La autorización facultaba a Francia a someter la importación de hilados de algodón de Grecia a un régimen de cuotas durante un período determinado.

25 — Véase la sentencia STS, apartado 19.

26 — Sentencia de 17 de enero de 1985, Piraiki-Patraiki/Comisión (11/82, Rec. p. 207).

El Tribunal de Justicia declaró que la decisión de la Comisión, sin que se adoptaran medidas de ejecución a nivel nacional, no podía afectar a las demandantes, pero que, no obstante, en vista de la postura de Francia antes y durante la presentación de la demanda, la posibilidad de que no hiciera uso de la facultad que le otorgaba la decisión de la Comisión era puramente teórica. Por tanto, el Tribunal de Justicia afirmó que las demandantes estaban directamente afectadas. La diferencia esencial entre aquel asunto y el presente estriba en que la autorización de la Comisión en la sentencia Piraiki-Patraiki se refería a la misma medida de salvaguardia, mientras que en el caso de autos el único objeto de las medidas adoptadas por el representante de la Comisión es la financiación del Fondo Europeo de Desarrollo, en tanto que las medidas que afectan a los licitadores sobre el desarrollo y el resultado del procedimiento de licitación fueron adoptadas de modo independiente a nivel del CILSS.

45. Por consiguiente, el recurso no se podría admitir aun en el supuesto de que el Tribunal de Justicia no compartiera mi interpretación del escrito de la Comisión de 12 de junio de 1990.

46. b) Por lo que respecta a la demanda basada en el artículo 175 del Tratado CEE, diré ante todo que falta el requisito de admisibilidad establecido en el apartado 2 de este artículo, es decir, que se inste a la Comisión a «actuar». El único escrito que podría considerarse como tal requerimiento es

el de 7 de mayo de 1990. Sin embargo, este escrito, en contra de las exigencias aplicables,[27] no se pronuncia sobre *qué* medidas debe adoptar la Comisión.[28]

47. Por lo demás, un acto de la Comisión en el marco del artículo 215 y siguientes, como hemos visto, no se dirigiría a la demandante sino al CILSS. Esto es válido también en particular para el requerimiento dirigido al CILSS, indebidamente omitido a juicio de la demandante, de que se la readmitiera en el procedimiento. Este requerimiento, como medida para asegurar una financiación conforme a Derecho (más exactamente, como indicación de la postura de la Comisión, según la cual si se omite el requerimiento se pone en tela de juicio la financiación por parte del FED) sólo afecta directamente al CILSS. Las mismas consideraciones se aplican del modo correspondiente en la medida en que la demandante ha alegado en la vista que la omisión reside (en primer lugar, respecto al comportamiento de que acabamos de tratar) en que la Comisión no se opuso a la exclusión de la demandante.

48. En casos parecidos de medidas que deben dirigirse a un tercero, y que no afectan directamente al demandante, no se cumplen los requisitos del apartado 3 del artículo 175, aun cuando se otorguen efectos jurídicos a dichas medidas.[29] Por tanto, no puede admitirse el recurso con arreglo a esta disposición.[30]

II. *Demandas basadas en los artículos 178 y 215 del Tratado CEE*

49. *1.* a) Sobre la cuestión de la *admisibilidad* de esta demanda hay que remitirse primeramente a la declaración formulada en la sentencia CMC y confirmada en las sentencias Murri y Clemessy, según la cual:

«No puede excluirse que se produzcan daños a terceros al ejecutar proyectos financiados por el FED mediante actos o comportamientos de servicios o de funcionarios aislados de la Comisión.»[31]

50. El Tribunal de Justicia prosigue:

«Por consiguiente, quien se sienta perjudicado al respecto, debe poder interponer recurso en la medida en que exponga los requisitos en que se basa la responsabilidad, es decir, la existencia de un perjuicio producido por un acto o comportamiento ilegal imputable a la Comunidad.»[32]

27 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Römer, de 1 de julio de 1971, en la sentencia Deutscher Komponistenverband/Comisión, 8/71, Rec. pp. 705 y ss., especialmente p. 716.

28 — Ver supra apartados 15, 16 y 42.

29 — Véanse los autos de 30 de marzo de 1990, Emrirch/Comisión (C-371/89, Rec. p. I-1555), apartado 5, y de 23 de mayo de 1990, Asia Motor France/Comisión (C-72/90, Rec. p. I-2181), apartado 10. Esclarecer si se cumplen las exigencias del tercer párrafo del artículo 175 cuando la parte demandante, sin ser destinataria de la medida solicitada está, no obstante, directa e individualmente afectada por la misma, suscita dudas que aún no están definitivamente resueltas. Sin embargo no es necesario detenerse a examinar esta cuestión en el marco del presente asunto.

30 — Sentencia CMC, apartado 29.

31 — Sentencia CMC, apartado 31.

32 — *Loc. cit.*

51. De conformidad con el principio de la autonomía del recurso de indemnización respecto al recurso de anulación [33] y al recurso por omisión, [34] el Tribunal de Justicia ha reconocido que la admisibilidad del primero no queda afectada por la circunstancia de que el carácter jurídico especial de las medidas de la Comisión se oponga a un recurso de anulación o por omisión.

52. b) La Comisión tampoco negó la admisibilidad de la reclamación de daños y perjuicios, sino que, en la réplica, se limitó a calificar su cuantificación de inadmisible.

53. A este respecto, hay que declarar que la demandante se reservó expresamente el derecho a cuantificar los daños y perjuicios en su recurso, para caracterizar luego los dos motivos de perjuicio alegados: por un lado, los costes que supuso la elaboración de la oferta y, por otro, el beneficio del que fue privada al no habérsele adjudicado el contrato.

54. La demandante cuantificó en la réplica los motivos de perjuicio alegados. [35]

55. En estas circunstancias, entiendo que la demanda presentada —precisada por las indicaciones de la réplica— es una demanda declarativa, que tiene por objeto los dos motivos mencionados, y me remito a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ha calificado de admisibles tales demandas y precisiones habida cuenta de la letra d) del apartado 1 del artículo 38 del Reglamento de Procedimiento. [36]

56. 2) Por lo que respecta a la *fundamentación* de esta demanda, depende de tres requisitos, a saber, la ilegalidad del comportamiento que se achaca a la Institución, la realidad del perjuicio y la existencia de un nexo causal entre dicho comportamiento y el perjuicio alegado. [37]

57. Como se demostrará, en el presente caso basta tratar la cuestión de la ilegalidad del comportamiento de la Comisión.

58. a) Por lo que respecta a la identificación de este incumplimiento y, en especial, del comportamiento de que se trata, resulta que la demandante no hace ninguna indicación distinta de las alegaciones de sus otras demandas por lo que respecta a los fines de su reclamación de daños y perjuicios. Como ya he expuesto en el marco de mis consideraciones sobre las demandas basadas en los ar-

33 — Véase la sentencia de 26 de febrero de 1986, Krohn Import-Export/Comisión (175/84, Rec. p. 753), apartado 32.

34 — Véase la sentencia de 28 de abril de 1971, Lütticke/Comisión (4/49, Rec. p. 325), apartado 6.

35 — 478.624.000 LIT como costes de participación en el procedimiento de licitación; 15 % del precio ofrecido para cada lote como lucro cesante (estos precios se indican en el anexo 5 del recurso).

36 — Sentencia de 15 de julio de 1963, Plaumann/Comisión, (25/62, Rec. pp. 197 y ss., especialmente p. 224); véase también la sentencia de 19 de mayo de 1992, Mulder y otros/Consejo y Comisión (asuntos acumulados C-104/89 y C-37/90, Rec. p. I-3061), apartados 10 y 11.

37 — Jurisprudencia reiterada: véase, por ejemplo, la sentencia de 17 de mayo de 1990, Sonito/Comisión (C-87/89, Rec. p. I-1981), apartado 16.

tículos 173[38] y 175,[39] de sus alegaciones escritas y orales se desprende que aquí se trata en conjunto de dos comportamientos: por un lado, de la aprobación de la adjudicación provisional a otro licitador y la exclusión de la demandante (implícitamente vinculada a ella), y por otro, de la omisión de intervención con objeto de conseguir la readmisión de la demandante en el procedimiento.

59. La demandante opina que la Comisión aceptó equivocadamente la interpretación del CILSS de que el servicio postventa ofrecido por aquélla no satisface los requisitos establecidos.

60. b) Sobre esta base podemos rechazar, en primer lugar, la excepción de inaplicabilidad (artículo 184 del Tratado CEE), propuesta por la demandante respecto a los párrafos primero y quinto del apartado 2 del artículo 45 del pliego de condiciones. Indudablemente, la demandante no ha aclarado si quiere proponer esta excepción para todas sus demandas o sólo para algunas. En todo caso podemos comprobar que la imputación de la demandante se refiere a una violación de los principios de Derecho material, de manera que la validez de las citadas disposiciones, que afectan a la confidencialidad del acta de la comisión de licitación y al deber (expresamente negado) de fundamentar la elección efectuada, no puede importar para la resolución del litigio.

38 — Véase, *supra*, apartado 38.

39 — Véase, *supra*, apartado 47.

61. Por lo demás, como ha señalado la Comisión con razón, estas disposiciones no sirven de medida para el comportamiento de la Comisión (de la Comunidad) sino para el de la Administración del Estado tercero interesado y de la comisión de licitación, cuya composición y método de trabajo se rigen por las disposiciones de este Estado (véanse artículos 42 y 45 del pliego de condiciones).

62. c) Así pues, la ilegalidad del comportamiento de la Comisión podría derivarse, como considera la demandante, de haber aceptado equivocadamente el parecer del CILSS de que el servicio postventa ofrecido por la demandante no cumple los requisitos exigidos. Si se pusiera de manifiesto tal error de la Comisión, habría que examinar qué medidas debía haber adoptado ésta teniendo en cuenta la situación dada y si, por tanto, las omisiones criticadas constituyen un comportamiento ilegal.

63. De todos modos, opino que no existen suficientes elementos en que basar tal error de la Comisión.

64. A este respecto, hay que declarar que la demandante, en su respuesta a la petición de 14 de noviembre de 1989,[40] comunicó expresamente que la organización ofrecida del servicio postventa no podría desarrollarse si se adjudicara uno de los dos lotes (concretamente el lote nº 2) a otro licitador.[41]

40 — Véase, *supra*, apartado 10; anexo 6 al recurso.

41 — Así es la formulación global en el marco de la respuesta relativa al lote nº 3. Sobre el lote nº 2 se dice que los lotes nº 2 y nº 3 constituían para Italsolar una unidad respecto a las inversiones que debían efectuarse para el servicio postventa.

65. Este requisito de desarrollo del servicio postventa está en contradicción con la cláusula mencionada en el pliego de condiciones, según la cual las ofertas para lotes separados deben ser ofertas diferentes, y debe determinarse separadamente la oferta económicamente más ventajosa para cada lote.[42] Por tanto, la oferta de la demandante contenía para ambos lotes un requisito ilícito, en la medida en que se refería al servicio postventa, es decir, a un aspecto esencial en el pliego de condiciones.[43]

66. Por ello, no tiene importancia, en principio, cómo hay que apreciar la calificación y experiencia de las empresas concretas que la demandante ha elegido como representantes en los países de los dos lotes en litigio.

67. Sin embargo, debe añadirse que la demandante no aportó suficientes elementos que indiquen que su oferta relativa al lote nº 2 cumple los requisitos exigidos. Por ello, la oferta para este lote adolece de un vicio suplementario. Además, el vicio de que adolece la oferta referente al lote nº 3 por causa del mencionado requisito improcedente queda agravado porque este requisito, es decir, la adjudicación del lote nº 3, resulta imposible teniendo en cuenta las insuficiencias del servicio postventa ofrecido para este lote.

68. A este respecto, la demandante expuso en su escrito de contestación a la demanda, sin ser contradicha, que la empresa Tagui, designada por la demandante para Burkina Faso, es una empresa que se ocupa de la distribución de petróleo. Cierto que la demandante expuso en su réplica que Tagui, por motivo de sus relaciones con el grupo ENI (al que también pertenece Italsolar), pudo enviar a Italia algunos de sus técnicos autóctonos, para facilitarles su participación en un curso de tecnología fotovoltaica. Sin embargo, la respuesta de la demandante a la petición mencionada, que se refiere en especial a la calificación del personal de la empresa que interviene *in situ* en cada país sólo contempla la posibilidad de esta medida de formación.

69. La demandante tampoco ha afirmado que Tagui disponga de experiencia en la construcción o mantenimiento de las piezas sueltas esenciales de los equipos que hay que instalar. Como ha admitido en la vista al discutirse sobre la aptitud de la empresa Toutelec Níger (que la demandante había previsto que la representara en uno de los países del lote nº 3), en particular son las bombas (aunque no sólo) las que requieren una atención especial de mantenimiento y servicio postventa. Sin embargo, nada permite sostener que Tagui tenga experiencia o calificación en este campo.

70. Por consiguiente, no alcanzo a ver que la opción de la demandada, consistente en aprobar la exclusión de la demandante aceptando la propuesta de adjudicar el contrato a otro licitador, esté viciada. Ello es válido

42 — Véase, *supra*, apartado 8.
43 — Véase, *supra*, apartado 5.

por supuesto —prescindiendo totalmente del ámbito de las competencias de la Comisión— en la medida en que ésta no tomó ninguna medida para conseguir la readmisión de la demandante en el procedimiento de licitación.

71. Por último, todas estas conclusiones tampoco quedan afectadas por la alegación de la demandante que se refiere al supuesto intento de una determinada persona de conseguir un porcentaje del importe del contrato mediante el chantaje. No se ha demostrado que en la elección de licitadores, que obtuvieron la adjudicación provisional, hayan desempeñado un papel los pagos injustificados (hechos efectivos de este modo). Las copias de fax presentadas con su réplica por la demandante —si acaso tienen alguna fuerza probatoria— ponen de manifiesto, en todo caso, que la propia demandante mantuvo negociaciones con la mencionada persona.

C. Conclusión

72. Por los motivos expuestos propongo a este Tribunal de Justicia que:

«— Declare la inadmisibilidad de las demandas basadas en los artículos 173 y 175 del Tratado CEE.

— Desestime la demanda basada en los artículos 178 y 215 del Tratado CEE.

— Con arreglo al artículo 69 del Reglamento de Procedimiento, condene a la demandante al pago de las costas, incluidas las del procedimiento de medidas provisionales.»