CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. CARL OTTO LENZ

presentadas el 16 de febrero de 1995 *

A. Introducción

1. El 11 de julio de 1991, el Ministerio de Industria, Energía y Tecnología griego firmó un acuerdo con seis fabricantes de gasa griegos. Este «Convenio-marco» preveía que los hospitales enumerados en el Anexo A del acuerdo se obligaban a adquirir exclusivamente a dichos fabricantes determinados tipos de gasas. Asimismo, los seis fabricantes se obligaban a fabricar tales mercancías y a suministrárselas a los citados hospitales (artículo 1 del Convenio-marco). Para el caso de que se crearan en el futuro nuevos hospitales o de que se sometiera a otros establecimientos a las disposiciones del Convenio-marco, se preveía que también tales hospitales y establecimientos obtuvieran las citadas mercancías exclusivamente de los citados fabricantes (artículo 8 del Convenio-marco).

2. El Convenio-marco se firmó por un período de tres años a partir de su entrada en vigor, la cual se supeditó a la aprobación del Ministro de Industria, Energía y Tecnología griego, aprobación concedida mediante Orden de 19 de julio de 1991. El Convenio-marco preveía además la posibilidad de prorrogar su validez por uno o dos años (artículo 14 del Convenio-marco).

3. En un escrito de 9 de septiembre de 1991, la Comisión requirió al Gobierno griego para que se pronunciara sobre la compatibilidad de tal actuación con lo dispuesto en la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (en lo sucesivo, «Directiva»). [1]

4. Por no haber recibido respuesta a este escrito, la Comisión inició el procedimiento previsto en el artículo 169 del Tratado CE, ofreciendo al Gobierno griego, mediante escrito de 14 de noviembre de 1991, la oportunidad de pronunciarse. En dicho escrito, la Comisión señalaba que, en su opinión, la Directiva era aplicable al Convenio-marco firmado por el Gobierno griego y que, por consiguiente, conforme al artículo 9 de la Directiva, dicho Convenio debería haber sido objeto de un anuncio publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. No se ha negado que tal publicación no tuvo lugar.

* Lengua original: alemán.

1 — DO 1977, L 13, p. 1; EE 17/01, p. 29.

5. El Gobierno griego negó tales imputaciones, por lo que, el 21 de septiembre de 1992, la Comisión emitió un dictamen motivado en el que reforzó sus imputaciones y rebatió las objeciones del Gobierno griego.

6. En vista de ello, el Gobierno griego reconoció en un escrito de 10 de diciembre de 1992 que la opinión de la Comisión relativa a la aplicabilidad de la Directiva era correcta. Sin embargo, alegó que el acuerdo de que se trata no tenía efectos perjudiciales para la competencia en la Comunidad y que, además, su anulación unilateral planteaba graves dificultades, en particular porque el Estado griego se exponía a acciones de indemnización de daños y perjuicios por parte de los fabricantes afectados. Por lo demás, señalaba que las autoridades griegas ya habían seguido las recomendaciones de la Comisión, de manera que se había eliminado una cláusula del Convenio-marco según la cual, en la fabricación de las gasas, sólo debían utilizarse materias primas griegas. Asimismo indicó que se estaba considerando no hacer uso de la posibilidad de prorrogar por tres años el plazo de validez del Convenio-marco.

7. Después de indicar la Comisión que, en su opinión, el incumplimiento imputado no había quedado subsanado por tales medidas, el Gobierno griego le envió el 13 de febrero de 1993 otro escrito, en el que se describían una vez más las medidas, ya expuestas en la carta de 10 de diciembre de 1992, que el Gobierno griego había adoptado o que proyectaba adoptar. Además, se indicaba que el Gobierno griego había informado a las partes del Convenio-marco de que estaba planteándose resolver éste unilateralmente antes de que expirara su período de validez. El Gobierno griego proyectaba asimismo convocar, antes de finales de 1993, un concurso público para el suministro de gasa que cumpliera todas las exigencias del Derecho comunitario.

8. Ya que a estos anuncios del Gobierno griego no siguió ninguna actuación, la Comisión terminó por interponer un recurso conforme al artículo 169 del Tratado. La parte demandante solicita al Tribunal de Justicia que:

1) Declare que la República Helénica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 77/62/CEE al celebrar un Convenio-marco de suministro exclusivo de gasas para uso de los hospitales y del ejército griegos por parte de seis empresas textiles griegas, y al no publicar el correspondiente anuncio en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

2) Condene en costas a la República Helénica.

9. La República Helénica considera que debe declararse la inadmisibilidad del recurso de la Comisión, pero también formula objeciones sobre su fundamento. La demandada solicita, por consiguiente, que se desestime el recurso y se condene en costas a la Comisión.

B. Análisis

Sobre la admisibilidad

10. La demandada considera que el recurso es inadmisible desde dos puntos de vista. Por una parte, en su respuesta al dictamen motivado de la Comisión la demandada ya admitió dicho incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CE. Asimismo declaró en aquella respuesta que el Convenio-marco no se prorrogaría más allá de la duración prevista de tres años y que, en lo sucesivo, se respetarían las disposiciones del Derecho comunitario. En opinión de la demandada, la interposición del recurso por parte de la Comisión es abusiva e infringe el deber de igualdad de trato de los Estados miembros. A este respecto, la República Helénica invoca la actuación de la Comisión en un procedimiento por incumplimiento dirigido contra Italia, [2] en el cual la Comisión consideró suficiente una promesa por escrito de que en el futuro se respetarían las disposiciones del Derecho comunitario.

Por otra parte, la demandada considera que el recurso es inadmisible porque la Comisión no intervino hasta el momento de la ejecución del citado Convenio. Sin embargo, conforme al apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, [3] la Comisión tiene que actuar antes de la celebración del contrato de que se trate, cuando llegue a la conclusión de que se ha cometido una infracción clara y manifiesta de las disposiciones comunitarias en materia de contratos públicos.

11. Este último argumento del Gobierno griego debe ser desestimado, sin más. El hecho de que, al perseguir una infracción de las disposiciones comunitarias en materia de contratos públicos, la Comisión no haya actuado con la celeridad que, habida cuenta de las circunstancias del caso, cabía esperar de ella, no puede ser determinante a la hora de pronunciarse sobre las medidas provisionales solicitadas por la Comisión en el marco de un procedimiento de incumplimiento. [4] Sea como fuere, no influye en la admisibilidad del propio recurso. Por lo demás, la Comisión ha alegado, acertadamente, que ya

2 — Sentencia de 10 de marzo de 1987, Comisión/Italia (199/85, Rec. p. 1039).

3 — DO L 395, p. 33.

4 — Véase, por ejemplo, el auto del Tribunal de Justicia de 22 de abril de 1994, Comisión/Bélgica (C-87/94 R, Rec. p. I-1395), especialmente el apartado 42.

el 9 de septiembre de 1991 —es decir, menos de dos meses después de la entrada en vigor del Convenio-marco— le expresó al Gobierno griego sus dudas al respecto.

12. Conforme al apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 89/665, debe darse a la Comisión la posibilidad de intervenir ante los Estados miembros «antes de la celebración de un contrato» cuando considere que se ha cometido una infracción clara y manifiesta de las disposiciones comunitarias en materia de contratos públicos. Se trata, pues, de una facultad que se otorga con carácter preventivo. Como ha señalado acertadamente la Comisión, ello no es óbice para el ejercicio de las facultades que atribuye a la Comisión el artículo 169 del Tratado. La sentencia dictada por el Tribunal de Justicia el 24 de enero de 1995 en un procedimiento por incumplimiento iniciado por la Comisión contra los Países Bajos [5] así lo confirma. El Tribunal de Justicia declaró en ella: «Este procedimiento particular de la Directiva 89/665 constituye una medida preventiva que no puede contravenir ni sustituir las competencias que corresponden a la Comisión en virtud del artículo 160 del Tratado.» [6]

13. De todas formas, en el presente caso esta cuestión es irrelevante. El hecho de que la Comisión actúe «antes de la celebración de un contrato» significa que tuvo conocimiento de dicho contrato antes de su celebración. Ahora bien, la demandada no ha afirmado (y mucho menos lo ha demostrado) que la Comisión ya conociera el Convenio-marco antes del 19 de julio de 1991.

14. Tampoco es convincente la primera alegación invocada por la demandada en apoyo de la inadmisibilidad del recurso. La República Helénica alega haber reconocido y eliminado el incumplimiento que le imputa la Comisión. Este argumento resulta sorprendente precisamente porque, en el presente procedimiento, la demandada niega que el recurso interpuesto por la Comisión esté fundado, es decir, justamente discute la existencia de un incumplimiento. De todas formas, ni siquiera prescindiendo de esta incongruencia la alegación del Gobierno griego resulta concluyente, ya que se basa fundamentalmente en la promesa escrita dirigida por la demandada a la Comisión por la que en el futuro (es decir, una vez terminado el plazo de validez del Convenio-marco) respetaría las disposiciones del Derecho comunitario pertinentes. En otras palabras, esto significa que el Gobierno griego considera haber eliminado el incumplimiento que se le imputa al prometer que no incurrirá en nuevos incumplimientos.

15. No puede plantearse seriamente la posibilidad de acoger tal alegación. De lo contrario, se ofrecería a los Estados miembros la posibilidad, sencilla a la vez que cómoda, de protegerse frente a los procedimientos por incumplimiento basados en el artículo 169 del Tratado. El presente caso lo ilustra, además, de forma muy gráfica. Como ya se ha indicado, el citado Convenio-marco se celebró en julio de 1991 para un período de tres años. En su escrito de 10 de diciembre de 1992 —es decir, en una fecha en la que aún no había transcurrido ni siquiera la mitad del período de validez del Convenio-marco— el Gobierno griego comunicó a la Comisión que estaba considerando la posibilidad de no prorrogar el período de validez de dicho Convenio-marco. En su escrito de

5 — Asunto C-359/93, Rec. p. I-157.

6 — Sentencia citada en la nota 5, apartado 13.

13 de febrero de 1993, el Gobierno griego dejó entrever la posibilidad de denunciar el Convenio-marco antes de que expirara su validez, lo cual no hizo, como demuestra el escrito de contestación a la demanda. El Gobierno griego tampoco ha alegado ninguna circunstancia de la que deba inferirse que le fue imposible resolver el contrato antes de tiempo. La alusión general y vaga a posibles acciones de indemnización ejercitadas por los fabricantes afectados a las que entonces se vería expuesto el Estado griego no es suficiente. La mera promesa de respetar en el futuro las disposiciones de Derecho comunitario no pudo eliminar el incumplimiento.

16. En contra de la opinión del Gobierno griego, del procedimiento en materia de incumplimiento incoado por la Comisión contra Italia, y que fue objeto de la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de marzo de 1987, [7] no puede deducirse lo contrario. En aquel procedimiento se trataba de la construcción de una instalación de reciclado de residuos sólidos por parte del Ayuntamiento de Milán, que infringió lo dispuesto en la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 185, p. 5). En su dictamen motivado, la Comisión imputó el incumplimiento y requirió a Italia para que adoptara las «medidas necesarias». En dicho dictamen motivado se señalaba, además, que por medidas necesarias había que entender esencialmente un compromiso suscrito por el Ayuntamiento de Milán de respetar en el futuro todas las disposiciones de la Directiva 71/305.

7 — Sentencia citada en la nota 2.

17. Ahora bien, la alusión de la República Helénica al comportamiento de la Comisión en el citado asunto es errónea al menos desde dos puntos de vista. Por un lado debe indicarse que, en aquel caso, la Comisión interpuso ante el Tribunal de Justicia un recurso por incumplimiento, *a pesar* de que el Alcalde de Milán le había enviado dicha promesa escrita, y el Tribunal de Justicia estimó el recurso. Es interesante señalar que, en su sentencia, al examinar la admisibilidad, el Tribunal de Justicia aludió a que las autoridades italianas no habían adoptado ninguna «medida práctica» que reflejara de hecho la citada promesa. [8] Por otra parte resulta significativa la situación de partida en aquel asunto, que era totalmente diferente a la del presente caso. En aquel caso, al emitir su dictamen motivado, la Comisión dio por sentado que los trabajos de construcción controvertidos ya estaban prácticamente terminados y que, por consiguiente, ya no era posible bloquear o anular los contratos adjudicados. [9] En estas circunstancias se explica por qué, en aquel caso, la Comisión estaba dispuesta a darse por satisfecha con la expresión de un compromiso para el futuro. En el presente caso, por el contrario, el Gobierno griego podía perfectamente eliminar el incumplimiento —al menos respecto al resto del período de validez del Convenio-marco— cuando recibió el dictamen motivado de la Comisión, ya que, en aquel momento, quedaba mucho tiempo para que se agotaran los efectos de dicho Convenio-marco.

18. En la contestación a la demanda, el Gobierno griego alega también que, ante las

8 — Sentencia citada en la nota 2, apartado 8.

9 — Véanse, a este respecto, mis conclusiones presentadas en la sentencia Comisión/Italia, citada en la nota 2, especialmente pp. 1047 y 1049, punto 8.

imputaciones de la Comisión, fue anulada una de las disposiciones del Convenio-marco. Como ya he señalado, se trata de una cláusula según la cual en la fabricación de dichas gasas sólo podrían utilizarse materias primas griegas. Ciertamente, la anulación de esta cláusula supuso un paso en la buena dirección. Pero es evidente que tal modificación no bastó para eliminar el incumplimiento imputado por la Comisión, puesto que dejó intacto el núcleo del Convenio-marco, es decir, la obligación de los hospitales y otros establecimientos afectados de aprovisionarse exclusivamente en los seis fabricantes griegos citados en el acuerdo.

19. Sólo por razones de exhaustividad, señalaré que, por lo que a la admisibilidad del recurso se refiere, resulta irrelevante el hecho de que el dictamen motivado de la Comisión, y el propio recurso de ésta, aludan a la obligación de suministro exclusivo por parte de «los hospitales y el ejército», mientras que el escrito de requerimiento de 14 de noviembre de 1991 sólo hablaba de «los hospitales». Como declaró el representante del Gobierno griego durante la vista oral ante el Tribunal de Justicia, la obligación de suministro exclusivo fue válida, desde el principio, también para los hospitales del ejército. Por consiguiente, el contenido de la fórmula escogida por la Comisión en su escrito de requerimiento coincide con la pretensión del recurso. En mi opinión, ello es suficiente. [10] El Gobierno griego tampoco ha hecho alegación alguna al respecto.

10 — Véase también la sentencia de 28 de marzo de 1985, Comisión/Italia (274/83, Rec. p. 1077), según la cual dicho escrito no puede sujetarse a «exigencias tan estrictas» como las que rigen para el dictamen motivado (apartado 21).

Fundamento

20. En el transcurso del tiempo, la Directiva 77/62 ha sido modificada en varias ocasiones [11] y, por último, ha sido refundida mediante la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro. [12] Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la existencia de un incumplimiento debe ser determinada en función de la situación existente al final del plazo fijado en el dictamen motivado. [13] En el presente caso, por consiguiente, debe tenerse en cuenta la situación fáctica y jurídica existente a finales del año 1992. El texto de las disposiciones que aquí se examinan aplicable en aquella época es el resultante de la Directiva 88/295/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1988. [14] En su recurso, la Comisión invocó las disposiciones de la Directiva en su redacción original. Ello resulta indiferente, ya que las modificaciones introducidas posteriormente en la materia no representan ninguna modificación considerable para el presente asunto. En lo sucesivo, me referiré a las correspondientes disposiciones vigentes a finales de 1992.

11 — Por última vez, mediante la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1).

12 — DO L 199, p. 1.

13 — Sentencia de 27 de noviembre de 1990, Comisión/Grecia (C-200/88, Rec. p. I-4299), apartado 13.

14 — Directiva 88/295/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1988, por la que se modifica la Directiva 77/62/CEE, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y por la que se derogan determinadas disposiciones de la Directiva 80/767/CEE (DO L 127, p. 1). Las posteriores modificaciones de la Directiva 77/62 efectuadas por la Directiva 90/531/CEE del Consejo, de 17 de septiembre de 1990, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 297, p. 1), carecen de pertinencia para el presente asunto.

21. Conforme al apartado 2 del artículo 9 de la Directiva, los poderes adjudicadores que deseen acudir a la contratación pública de suministro darán a conocer su propósito por medio de un anuncio. Sin embargo, conforme al primer guión de la letra a) del apartado 1 del artículo 5 —salvo cuando se trate de los contratos públicos de suministro enumerados en el segundo guión de la letra a) del apartado 1 de dicho artículo 5, que carecen de relevancia en el presente caso—, esta obligación es válida sólo para los contratos públicos de suministro aprobados por los poderes adjudicadores contemplados en la letra b) del artículo 1 de la Directiva y siempre que el valor estimado sea igual o superior a 200.000 ECU. Según la letra a) del artículo 1 de la Directiva, por «contratos públicos de suministro» se entenderán los celebrados «por escrito a título oneroso que tengan por objeto la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento o la venta a plazos, con o sin opción de compra, de productos» entre un proveedor y uno de los poderes adjudicadores definidos en la letra b).

22. La Comisión ha alegado que tanto el Ministerio de Industria, Energía y Tecnología griego como los hospitales y otros establecimientos afectados por el acuerdo controvertido deben considerarse como «poderes adjudicadores», lo cual me parece correcto y, además, no ha sido rebatido por el Gobierno griego. Este, no obstante, ha negado que al Convenio-marco le fueran aplicables las disposiciones de la Directiva, ya que sólo constituye una «estructura» dentro de la cual se efectúan una serie de contratos de suministro cuyo valor no supera en cada caso los 200.000 ECU.

23. El Gobierno griego considera, por consiguiente, que los contratos de suministro adjudicados por los hospitales y otros establecimientos afectados deben ser examinados por separado. Puesto que ninguno de estos contratos alcanza un valor superior a 200.000 ECU, la Directiva no es en absoluto aplicable. Posiblemente en este argumento se esconda, además, otro argumento, es decir, la cuestión de si el Convenio-marco controvertido realmente es un «contrato público de suministro» en el sentido de la Directiva. De las afirmaciones del representante del Gobierno griego durante la vista oral celebrada ante el Tribunal de Justicia no pudo deducirse con seguridad que este Gobierno se oponga al recurso de la Comisión también en este punto. De todos modos, por si así fuera, examinaré brevemente también esta cuestión.

24. La alegación señalada en primer lugar no me parece muy convincente. Al celebrar el Convenio-marco, el propio Gobierno griego (o el Ministerio que tomó la iniciativa) resumió en una unidad los diferentes contratos de suministro. Por lo tanto, sólo resulta lógico tener en cuenta dicha totalidad —y no los diferentes suministros— a la hora de calcular el valor del contrato de suministro. Esta conclusión se ve reforzada por la consideración, aducida por la Comisión, de que de lo contrario sería posible eludir lo dispuesto en la Directiva. No se discute que la suma del valor de todos los contratos de suministro comprendidos en el Convenio-marco supera el límite de 200.000 ECU.

25. Mayor importancia reviste, ciertamente, la cuestión de si el Convenio-marco real-

mente constituye un «contrato de suministro», en el sentido de la Directiva. De hecho, para rellenar el marco creado por el Convenio-marco, es preciso además que los hospitales y otros establecimientos afectados asignen contratos de suministro particulares. Por lo demás, el «precio» sólo es exigible en virtud de cada uno estos contratos. Sin embargo, estas consideraciones tienen un carácter más bien teórico. Todas los principales elementos constitutivos del contrato —como, especialmente, la obligación de aprovisionamiento exclusivo y el cálculo del precio debido— están fijados ya en dicho Convenio-marco, de tal manera que en cada contrato de suministro apenas se determina otra cosa que no sea la cantidad que debe suministrarse. Ante estas circunstancias, la interpretación a la luz del objetivo de las disposiciones de la Directiva, necesaria en el presente caso, apenas puede dejar un margen de duda sobre el carácter de contrato de suministro, en el sentido de la Directiva, del citado Convenio-marco. [15] Si no se siguiera esta interpretación, es cierto que el recurso debería desestimarse (por no existir un incumplimiento de la Directiva), pero, sin embargo, el Convenio-marco seguramente debería calificarse de medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación, conforme al artículo 30 del Tratado, ya que impide que proveedores de otros Estados miembros suministren a compradores establecidos en Grecia.

26. Por otra parte, el Gobierno griego ha alegado que, en este caso, no procedió a la publicación impuesta por el artículo 9 de la Directiva porque hasta entonces ningún proveedor de otro Estado miembro había mostrado interés en ejecutar tales contratos de suministro. Por consiguiente, su anuncio habría sido una mera formalidad vacía de contenido. Esta alegación debe negarse tajantemente. Es evidente que es muy posible que la circunstancia alegada por el Gobierno griego se debiera precisamente a la falta de información a los proveedores de otros Estados miembros.

27. El Gobierno griego ha expuesto, por último, que en el presente caso no era preciso publicar un anuncio, debido a la excepción recogida en el artículo 6 de la Directiva. [16] Este precepto se refiere a los casos en los que, «a causa de su especificidad técnica o artística, o por razones relacionadas con la protección de derechos exclusivos, tan sólo pueda encomendarse la fabricación o suministro del producto en cuestión a un único proveedor». El representante del Gobierno griego no aclaró durante la vista oral celebrada ante el Tribunal de Justicia por qué dicha disposición podría aplicarse al presente caso, que se refiere al suministro de gasas. Ahora bien, como el Tribunal de Justicia ha reiterado recientemente (y precisamente en relación con este precepto de la Directiva), en tal caso la carga de la prueba incumbe a quien pretende invocar dicha excepción. [17]

15 — Véase también, a este respecto, la opinión expuesta por la Comisión, en la misma línea, en su «Vademécum sobre los contratos públicos en la Comunidad» (DO 1987, C 358, pp. 1 y 16).

16 — El Gobierno griego invoca a este respecto la letra b) del apartado 1 del artículo 6 de la Directiva. En la versión aplicable al presente caso, tal disposición se encuentra en la letra c) del apartado 4 del artículo 6.

17 — Sentencia de 3 de mayo de 1994, Comisión/España (C-328/92, Rec. p. I-1569), apartado 16.

La afirmación hecha por el Gobierno griego durante la vista oral, según la cual, en cualquier caso, tal gasa sólo habría podido ser suministrada por los seis fabricantes griegos, carece de relevancia, ya que la Directiva no recoge al respecto ninguna excepción, además de que, cuando el Tribunal de Justicia le preguntó sobre este extremo, el representante del Gobierno griego no estuvo en condiciones de aportar prueba alguna.

C. Conclusión

28. Por consiguiente propongo al Tribunal de Justicia que estime el recurso de la Comisión y condene en costas a la República Helénica.