CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. CLAUS GULMANN

presentadas el 18 de noviembre de 1993 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. La Comisión ha interpuesto un recurso que tiene por objeto que se declare que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 71/305/CEE del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras. [1] Según la Comisión, el incumplimiento reside en el hecho de que Italia «aceptó, sin intervenir inmediatamente para evitar los efectos jurídicos contrarios al Derecho comunitario», que la Administración provincial de Ascoli Piceno celebrara un contrato relativo a la construcción de un tramo de carretera de circulación rápida, sin sacar a licitación las obras y sin publicación del anuncio de licitación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas.*

2. El tramo en cuestión era un tramo de la vía rápida «Ascoli-Mare», destinada a conectar la ciudad de Ascoli Piceno, capital de la provincia del mismo nombre y situada en el interior, a unos 25 kilómetros del mar Adriático, con la autopista A 14 y con la carretera nacional n° 16, que bordea el litoral, así como con la ciudad costera de San Benedetto del Tronto.

Los primeros tramos de la vía rápida, a saber, los lotes I a III, así como la primera parte del lote IV, fueron objeto de un anuncio de licitación restringido y concluidos a comienzos de los años setenta. Las obras relativas al lote IV se adjudicaron a la empresa Rozzi Costantino. El lote IV, que se refería, entre otras cosas, a las conexiones con la autopista A 14 y con la carretera nacional n° 16, resultó ampliado en años posteriores a través de «estudios suplementarios» que, entre otras cosas, suponían un alargamiento del trazado original de la vía rápida.

3. El presente asunto versa sobre los estudios suplementarios undécimo y duodécimo, que en su última fase fueron considerados como un proyecto único. Dicho proyecto preveía un alargamiento del trazado de la vía rápida. El objetivo era salvar los obstáculos físicos que suponían la carretera nacional n° 16 y la línea ferroviaria Bolonia-Lecce y, al mismo tiempo, crear un enlace fácil entre el puerto de San Benedetto del Tronto, por una parte, y los grandes ejes de comunicación y la zona industrial de Ascoli Piceno, por otra. La obra suponía, entre otras cosas, la construcción de un viaducto por encima de la línea ferroviaria Bolonia-Lecce. El referido tramo, de algunos kilómetros de longitud, había de comunicar el tramo de autopista que era objeto del décimo estudio suplementario con una carretera en dirección a San Benedetto que el municipio de Ascoli Piceno estaba construyendo al mismo tiempo.

* Lengua original: danés.

1 — Directiva de 26 de julio de 1971; DO L 185, p. 5; EE 17/01, p. 9.

4. Consta en autos que se había encomendado la ejecución de los diez primeros estudios suplementarios del lote IV a la misma empresa que había ejecutado el lote IV inicial, es decir, a la empresa Rozzi Costantino.

Los estudios undécimo y duodécimo habían sido aprobados por la Agenzia per la promozione dello sviluppo del Mezzogiorno, la cual transfirió posteriormente la responsabilidad del proyecto a la Administración provincial de Ascoli Piceno. Sin haber publicado ningún anuncio de licitación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas,* esta Administración, utilizando el procedimiento de contratación directa, celebró el 21 de mayo de 1990 un contrato con la empresa Rozzi Costantino, con vistas a la realización del proyecto por un importe total de 36.000.000.000 LIT.

El Gobierno italiano indicó, además, que también se había encomendado a la empresa Rozzi Costantino la construcción de la prolongación hacia San Benedetto del tramo discutido en el caso de autos, cuyo ejecutor no era la Administración provincial, sino, como ya se indicó, el municipio de Ascoli Piceno.

5. La Comisión, cuya atención había recaído sobre las circunstancias que rodeaban la construcción de la vía rápida Ascoli-Mare, decidió incoar contra la República Italiana el procedimiento regulado en el artículo 169, pero limitando su objeto a los estudios suplementarios undécimo y duodécimo. El 17 de enero de 1991, envió al Gobierno italiano un escrito de requerimiento.

6. Consta en autos que al proyecto de que se trata le resulta aplicable la Directiva 71/305.

Las partes, además, están de acuerdo en considerar que el procedimiento elegido para celebrar el contrato implica objetivamente una infracción de la Directiva, salvo si se considera aplicable la excepción que figura en la letra b) del artículo 9 de la Directiva, que se refiere a los supuestos de «[...] aquellas obras en las cuales la ejecución no pueda ser confiada más que a un determinado contratista, por razones técnicas [...]».

7. Habría sido relativamente fácil tomar posición sobre este asunto si la única cuestión discutida hubiera sido la de determinar si se daban o no los requisitos de la letra b) del artículo 9.

Sin embargo, el Gobierno italiano alega que la Comisión formuló sus pretensiones de tal manera que la República Italiana habría de ser condenada, no en razón del comportamiento, contrario a la Directiva, de la Administración provincial, sino por haberse abstenido de intervenir para evitar ese comportamiento y, en consecuencia, por haber incumplido su deber de tutela.

El Gobierno niega haber incumplido su deber de fiscalización de la Administración provincial y, principalmente basándose en ello, fundamenta sus pretensiones de que se desestime el recurso; tan sólo con carácter subsidiario alega que se reunían los requisitos de la letra b) del artículo 9.

8. Ha de observarse, en primer lugar, que en el caso de autos la formulación por la Comisión de sus pretensiones dio lugar a algunos problemas de procedimiento.

En su escrito de contestación, el Gobierno italiano se esforzó en demostrar que no había incumplido su deber de fiscalización. Es verdad que en dicho escrito mencionaba que el incumplimiento de las obligaciones de la Directiva podía fundarse en la letra b) del artículo 9; pero el análisis que llevó a cabo al respecto pone de relieve que su intención era principalmente la de servirse de esa disposición para mostrar que, en el caso de autos, distaba mucho de haberse producido una infracción de la Directiva. El Gobierno no argumentó de manera detallada sobre el extremo de si se reunían los requisitos que figuran en la letra b) del artículo 9.

En su escrito de réplica, la Comisión se esforzó, por una parte, en poner de relieve que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los Estados miembros pueden ser condenados, sobre una base objetiva, por un comportamiento de las autoridades nacionales, regionales o locales contrario a la Directiva, y, por otra parte, en demostrar que la República Italiana no sólo había aceptado el comportamiento de la Administración provincial contrario a la Directiva, sino que además se había abstenido de intervenir *a posteriori* ante esta última para eliminar los efectos jurídicos ilegales de tal comportamiento.

No fue sino en su dúplica cuando el Gobierno italiano entró en una argumentación de fondo sobre si se reunían los requisitos de la letra b) del artículo 9, presentando al respecto, entre otras cosas, planos de las obras.

9. La Comisión solicitó al Tribunal de Justicia autorización para comentar, en un nuevo escrito, los planos de las obras de que se trata. Tal autorización le fue concedida y la Comisión presentó un escrito de observaciones, en el que figuraba como anexo un dictamen pericial que negaba que se hubieran reunido los requisitos de la letra b) del artículo 9.

Además, la Comisión alegó en sus observaciones que los planos de las obras presentados por la demandada debían considerarse motivos nuevos, cuya formulación prohíbe el artículo 42 del Reglamento de Procedimiento.

10. En mi opinión, basándose en el artículo 42 del Reglamento de Procedimiento, el Tribunal de Justicia no puede abstenerse de tomar en consideración los argumentos e informaciones relativos a la aplicación de la letra b) del artículo 9 que el Gobierno presentó en la dúplica.

El Gobierno invocó la letra b) del artículo 9 tanto en su respuesta al escrito que le envió la Comisión en el procedimiento administrativo como en su escrito de contestación a la demanda.

Ciertamente es grave, en principio, que una argumentación sobre el fondo relativa a la cuestión de la aplicabilidad de la letra b) del artículo 9 no se haya presentado sino en la fase de dúplica, pero la causa de esta situación reside, al menos parcialmente, en el contenido de las pretensiones formuladas por la Comisión. Por otra parte, la Comisión tuvo plena posibilidad de presentar observaciones con respecto a los nuevos argumentos e informaciones contenidos en la dúplica, de manera que, en la práctica, no resultaron vulnerados los derechos de la Comisión en materia de procedimiento.

11. A mi juicio, conviene a continuación examinar, en primer lugar, el extremo de si la Administración provincial podía, basándose en la letra b) del artículo 9, abstenerse de sacar el contrato a licitación y de publicar el anuncio de licitación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

La primera condición para que proceda condenar a la República Italiana es que la Administración provincial haya actuado contraviniendo la Directiva.

12. Se trata de determinar si la construcción del tramo que se discute y, en particular, del viaducto por encima de la línea ferroviaria, implicaba «obras cuya ejecución no pueda ser confiada más que a un determinado contratista, por razones técnicas [...]», a saber, en el caso de autos, al empresario encargado de la construcción del tramo de autopista cuya prolongación constituye el proyecto ahora en litigio (tramo sobre el que versaba el décimo estudio suplementario).

13. A este respecto, el Gobierno italiano indica que de los planes de las obras presentados se deduce que en el caso de autos existían tales «razones técnicas», por cuanto que resultaba imposible

— terminar las obras objeto del décimo estudio suplementario antes de haber realizado ciertas estructuras que eran objeto del proyecto discutido;

— abrir simultáneamente dos infraestructuras de obra distintas, debido al carácter exiguo del terreno disponible, y

— efectuar con carácter separado las obras en curso de realización y las obras objeto de litigio, debido a la estrecha conexión de las estructuras a nivel de los cimientos.

14. La Comisión niega que esos hechos puedan constituir por sí mismos razones técnicas que justifiquen la adjudicación exclusiva de las obras al empresario encargado de realizar la obra que fue objeto del décimo estudio suplementario.

15. Del dictamen de un perito consultado por la Comisión —un ingeniero francés— se desprende que las consideraciones a que se refiere el Gobierno italiano exigían ciertamente una coordinación, en el tiempo y en el espacio, de las obras objeto de litigio con las obras en curso de realización, pero que tal coordinación hubo de producirse asimismo aun cuando la totalidad de esas obras se hayan encomendado a una única empresa, de manera que no pueden constituir «razones técnicas» que justifiquen la elección efectuada en el caso de autos por el órgano de contratación italiano.

16. No creo que el Gobierno italiano haya superado la carga de la prueba que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, [2] incumbe a quien pretende apoyarse en una disposición que establece una excepción.

La argumentación del Gobierno se desarrolló con arreglo a un plan relativamente abstracto. No ha demostrado de modo convincente —ni siquiera presentando los planos de

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

las obras— la existencia de las presuntas graves dificultades a que daría lugar la adjudicación de las obras correspondientes al tramo controvertido a un empresario distinto del empresario encargado de las obras de construcción del tramo que constituye el objeto del décimo proyecto suplementario. En efecto, resulta difícil creer que existan tales graves dificultades, habida cuenta de las consideraciones expresadas en el dictamen técnico que presentó la Comisión.

Tampoco se puede hacer por completo abstracción de que, en su escrito de contestación, el propio Gobierno italiano expresó en cierta medida dudas en cuanto al extremo de si se reunían los requisitos para la aplicación de la letra b) del artículo 9.

17. Opino, pues, que puede considerarse demostrado que la Administración provincial de Ascoli Piceno actuó contraviniendo la Directiva 71/305, en el sentido que se indica en las pretensiones de la Comisión.

18. Sin embargo, la cuestión que se plantea es la de determinar si la República Italiana puede ser condenada en razón de tal comportamiento, habida cuenta de que lo que se le imputa, según las pretensiones, es el haber actuado contraviniendo la Directiva, «al aceptar» el comportamiento de la Administración provincial contrario a la Directiva, «sin intervenir inmediatamente para evitar los efectos jurídicos contrarios al Derecho comunitario».

19. No acierto a comprender por qué razón la Comisión redactó de esa manera sus pretensiones. La formulación es más bien sorprendente si se tiene en cuenta el hecho de que, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, está establecido que, basándose en fundamentos objetivos, un Estado miembro puede ser condenado por incumplimiento de la Directiva con independencia de cuál haya sido el organismo —nacional, regional o local— que se haya abstenido de cumplir las normas de la Directiva. [3]

20. El Tribunal de Justicia puede, por supuesto, examinar si resulta oportuno declarar que existe una obligación general, que incumbe a cada Estado miembro en cuanto tal, de velar por que en todos los casos las autoridades estatales, regionales y locales se atengan a la Directiva en el marco de sus contratos de obras públicas, de manera que pueda considerarse que se ha producido un incumplimiento cada vez que se compruebe objetivamente una deficiencia en la adecuada fiscalización por haberse cometido actos contrarios a la Directiva.

Lo anterior implicaría, sin embargo, una posición jurídica equivalente a aquélla en la que la Comisión limita sus pretensiones a que se declare que el Estado ha incumplido sus obligaciones comunitarias debido a que uno de sus órganos ha actuado contraviniendo la Directiva.

Por consiguiente, carece de importancia el que la Comisión haya formulado sus pretensiones de una u otra manera.

3 — Véanse, entre otras, la sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 1970, Comisión/Bélgica (77/69, Rec. p. 237), así como la sentencia mencionada en la nota anterior, en la que se declaró que la República Italiana asume la responsabilidad en el supuesto de incumplimiento de la Directiva 71/305 por una entidad local.

21. Haciendo abstracción de que las pretensiones deben entenderse, por supuesto, según su tenor literal, los problemas de procedimiento que han surgido en el caso de autos muestran que es importante que el Tribunal de Justicia plantee ciertas exigencias en lo relativo al grado de precisión de las pretensiones de la Comisión.

22. Por esas razones, y teniendo en cuenta tanto los escritos intercambiados como la fase oral del procedimiento, en mi opinión las referidas pretensiones deben entenderse en el sentido de que la República Italiana deberá ser condenada, en su caso, no porque la Administración provincial haya actuado contraviniendo la Directiva, sino porque tal infracción fue aceptada por la República Italiana y porque ésta no adoptó ninguna medida para remediarlo.

No se discute en el caso de autos la cuestión de qué autoridades se considera, en su caso, que han aceptado el comportamiento de la Administración provincial y se han abstenido de intervenir. No procede examinar más detalladamente esta cuestión. Las pretensiones de la Comisión presuponen necesariamente que existen autoridades encargadas de tales misiones de fiscalización y que tales autoridades deben ser, por naturaleza, autoridades estatales.

23. Una sentencia condenatoria presupone, pues, que se considere probado que existen autoridades estatales que han aceptado el comportamiento de la Administración provincial y que se han abstenido de intervenir contra tal comportamiento.

La Comisión debe demostrar que es verosímil que así haya sucedido en el caso de autos.

Como ya se indicó antes, el Gobierno italiano niega que las autoridades estatales hayan aceptado ese comportamiento y que hayan tenido en la práctica la posibilidad de actuar contra el mismo. El Gobierno italiano se remite a la circunstancia de que los Servicios de la Comisión no le advirtieron de dicho comportamiento hasta el mes de enero de 1991, es decir, ocho meses después de que el contrato hubiese sido adjudicado al empresario de que se trata, y de que según el Derecho italiano no tenía la posibilidad de intervenir de una manera eficaz.

24. Por todo ello, creo que procede proponer al Tribunal de Justicia que desestime el recurso.

La Comisión no ha demostrado que sea verosímil que el Gobierno italiano o, en su caso, las autoridades estatales hayan aceptado de manera expresa o tácita el comportamiento de la Administración provincial, y tampoco ha demostrado que sea suficientemente verosímil que el Gobierno italiano o, en su caso, las autoridades estatales hayan tenido posibilidades reales de intervenir *a posteriori* para remediar la situación.

Conclusión

25. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que desestime el recurso y condene en costas a la Comisión.