CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. CARL OTTO LENZ

presentadas el 26 de febrero de 1992 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

A. Hechos

1. En el presente asunto, la Comisión alega que Italia ha infringido el artículo 59 del Tratado CEE y la Directiva 71/305/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, [1] al adoptar la Ley nº 80/1987 sobre normas extraordinarias para la aceleración de la ejecución de las obras públicas. [2]

2. En Italia, la aplicación de esta Directiva se llevó a cabo mediante la Ley nº 584/77 de 8 de agosto de 1977.

3. La Ley discutida fue promulgada el 17 de febrero de 1987 y, tras prorrogar su período de vigencia, se aplicó hasta el 15 de marzo de 1991. Establecía un procedimiento restringido, que podían utilizar las Administraciones nacionales, las regiones, los organismos públicos autónomos, los entes territoriales y los organismos públicos no económicos encargados de la realización de determinadas obras. Este debía permitirles acelerar sus programas de construcción mediante la adjudicación global de todas las obras que implica un proyecto dado (desde el diseño de los planos hasta los trabajos de mantenimiento que pudieren resultar necesarios una vez acabada la operación).

4. Como la Comisión estimó que algunas disposiciones de la Ley eran contrarias a la Directiva y/o al artículo 59 del Tratado CEE, interpuso el recurso en el presente asunto al finalizar el procedimiento administrativo previo. La Comisión alegó, en su escrito de recurso, un total de seis motivos diferentes y solicitó al Tribunal de Justicia que:

1) Declarara que, al adoptar la Ley nº 80 de 17 de febrero de 1987 («Normas extraordinarias para la aceleración de la ejecución de las obras públicas»), en la que se contienen disposiciones que resultan incompatibles con la normativa comunitaria en materia de contratos públicos de obras, la República Italiana había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 59 del Tratado y de 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; EE 17/01, p. 9).

2) Condenara en costas a la República Italiana.

En su escrito de contestación, la demandada solicitó al Tribunal de Justicia que:

— Desestimara el recurso por infundado.

* Lengua original: alemán.

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

2 — GURI *(Boletín Oficial de la República Italiana)* nº 61 de 14 de marzo de 1987.

5. La Comisión desistió en su réplica de tres de los motivos anteriormente enunciados, como se expone detalladamente en el informe para la vista (véase apartado 21, en relación con los apartados 10, 12 y 13 del informe para la vista). La Comisión admitió efectivamente el argumento de la República Italiana según el cual la Ley nº 80/87 se inscribe dentro del marco general del procedimiento de adjudicación de contratos públicos de obras establecido por la Ley nº 584/77, y que no se aparta de esta última Ley ni en su letra ni en el espíritu de sus disposiciones; la Ley nº 80/87 regula la actuación de los poderes adjudicadores de forma que éstos deben respetar las normas de fondo y de procedimiento en el marco de la libertad de elección establecida por la Ley nº 584/77, de conformidad con la Directiva. Por consiguiente, esta última Ley sigue aplicándose a los procedimientos que tienen por objeto una adjudicación global en el sentido de la Ley nº 80/87.

6. Durante la vista, la Comisión desistió de otro motivo debido también en ese caso a declaraciones del Gobierno italiano. Se trata del motivo relativo al apartado 2 del artículo 3 de la Ley nº 80/87. El escrito de recurso destaca, a este propósito que, en la medida en que dicha disposición prevé que la invitación para licitar sólo puede dirigirse a empresas que puedan acreditar su inscripción en el Albo nazionale dei costruttori (registro nacional de empresarios de la construcción), es contraria tanto al apartado 1 del artículo 22 de la Directiva 71/305 como al artículo 59 del Tratado CEE.

7. No obstante, durante la vista, la Comisión se refirió a una declaración del Gobierno italiano según la cual la Ley nº 80/87 debe interpretarse a la luz de las disposiciones generales de la Ley nº 584/77 (que aplica la Directiva). Además, el Gobierno italiano había mencionado un Decreto del Presidente del Consejo de Ministros (nº 55, de 10 de enero de 1991) que, en cierta medida, implicaba una interpretación obligatoria de las disposiciones de la Ley nº 80/87. Esta precisión, unida a las garantías del Gobierno italiano, permitían a la Comisión desistir de los motivos aducidos.

8. Examinaré en mis conclusiones los dos motivos restantes, respecto de los cuales la demandada no ha alegado, por otra parte, la posibilidad de una interpretación de las disposiciones discutidas conforme a la Ley nº 584/77. Para más detalles, me remito al informe para la vista.

B. Análisis

9. *I.1.* En el apartado 5.3 de su escrito de recurso, la Comisión impugna el apartado 1 del artículo 2 de la Ley nº 80/87, que, respecto a la invitación escrita (dimanante del poder adjudicador), establecía lo siguiente:

«La invitación escrita dispondrá que el concesionario debe confiar entre el 15 y el 30 % [3] de las obras a empresas [...] que tengan su domicilio social en la región en que se realizan las obras.»

La Comisión estima que esta disposición vulnera el artículo 59 del Tratado CEE. En

3 — Durante el procedimiento previo, tanto en el escrito de recurso como en el informe para la vista, se indicó como tanto por ciento mínimo el *50 %*. Sin embargo, la disposición se refiere claramente al 30 %.

efecto, ésta restringe la libre prestación de servicios, por cuanto favorece a las empresas establecidas en la región correspondiente, y es discriminatoria respecto de las empresas establecidas en otros Estados miembros.

10. *2.* La República Italiana hace dos objeciones a lo anteriormente expuesto.

11. a) Durante el procedimiento administrativo previo y también durante la fase escrita seguida ante el Tribunal de Justicia, alegó que esta norma debía compensar los inconvenientes que encierra, para las pequeñas y medianas empresas, el principio previsto en la Ley de que a través de un contrato único se conceden varias obras diferentes. En efecto, ello priva a estas empresas de contratos que tan sólo habrían interesado a las empresas de la región afectada si se hubieran concedido de forma separada. La demandada añade también en la dúplica que se trata de obras de importancia menor, que son sustraídas a la zona natural del mercado discutido, que es necesariamente un mercado local.

12. b) Por el contrario, en la vista se apoyó en un argumento basado en los intereses de las empresas (adjudicatarias) de los otros Estados miembros. Afirmó que, en todo caso, dichas empresas están interesadas en encargar a empresas locales la realización de una parte de las obras adjudicadas, ya que, generalmente, las empresas de otros Estados miembros no se desplazan con toda su organización y con todo su personal al Estado miembro en que se ejecutan las obras. La norma impugnada coincide con el comportamiento normal de cualquier empresa establecida en el extranjero y por ello no impone ninguna restricción a la libre prestación de servicios. En este contexto, se refiere asimismo a un procedimiento relativo a otra Ley italiana, abolida entre tanto, que la Comisión consideró incompatible con el artículo 59. La Comisión consideró que la *restricción* de encargar las obras a empresas terceras impuesta a las adjudicatarias por dicha Ley era discriminatoria para las empresas de otros Estados miembros, porque estas últimas se ven generalmente obligadas a encargar a empresas locales la realización de las obras que requieren menos especialización. Desde este punto de vista, que el Gobierno italiano ha admitido, sería ilógico impugnar ahora una disposición que tiene en cuenta esta situación de las empresas extranjeras.

13. *3.* Procede destacar sobre esta cuestión, considerada en su conjunto, en primer lugar, que la norma impugnada tiene consecuencias negativas sobre dos categorías de empresas establecidas en los otros Estados miembros. Se trata, por una parte, de las empresas consideradas subcontratistas del adjudicatario, en lugar de las empresas locales establecidas en el Estado miembro demandado, cuando el adjudicatario no puede o no quiere realizar por sí mismo ciertas obras. Están, por otra parte, los adjudicatarios dispuestos a ejecutar por sí mismos todas las obras, y que están en condiciones de hacerlo, pero a los que el apartado 1 del artículo 2 de la Ley nº 80/87 se lo impide.

14. No abordaré aquí la cuestión de la valoración que merece la desventaja sufrida por este último grupo en relación con el artículo 59 del Tratado CEE. Me conformaré con afirmar, en el presente caso, que el primer grupo mencionado es sin duda alguna objeto de una discriminación. En efecto, se

excluye la posibilidad de encargar a estas empresas la realización de obras que los adjudicatarios deben confiar, dentro de los límites de la cuota aplicable, a empresas establecidas en la región de que se trata. De esta forma, con arreglo a la disposición impugnada, las prestaciones de servicios de empresas nacionales son favorecidas en la misma proporción que resultan perjudicadas las prestaciones de servicios de las empresas de otros Estados miembros.

15. Si estos hechos están sometidos a la prohibición de imponer restricciones a la libre prestación de servicios establecida por el artículo 59 del Tratado CEE, poco importa que, en cada caso concreto, tan sólo algunas de las empresas nacionales resulten beneficiadas en lo que se refiere a sus prestaciones de servicios, en tanto que las demás empresas nacionales sufren en este sentido las mismas restricciones que las empresas de los otros Estados miembros.[4] En efecto, la sentencia Du Pont de Nemours,[5] que trataba sobre un problema paralelo en el ámbito de la libre circulación de mercancías, aclaró que esta circunstancia no desvirtúa la discriminación demostrada. El Tribunal de Justicia declaró en esta sentencia que:

«[...] si bien no todos los productos del Estado miembro de que se trata quedan favorecidos con relación a los productos extranjeros, no es menos cierto que todos los productos que se benefician del régimen preferencial son productos nacionales».

16. Esta norma sigue siendo discriminatoria a pesar de que el Gobierno italiano alegue que, de todas formas, los adjudicatarios de otros Estados miembros suelen delegar la realización de algunas obras a empresas establecidas en la región de que se trata (de suerte que los subcontratistas potenciales establecidos en otros Estados miembros no resultan perjudicados). Aunque, en un caso concreto, una empresa de otro Estado miembro no tenga interés en ejecutar por sí misma determinadas obras, y quiera encargárselas a una empresa tercera, no entiendo por qué, en particular tratándose de obras realizadas en zonas fronterizas, criterios económicos aconsejan necesariamente contactar con una empresa establecida en la región de que se trata (del Estado de acogida).

17. Tampoco me convence el Gobierno italiano cuando se basa en el interés de los subcontratistas potenciales de otros Estados miembros y sostiene que determinadas obras interesan únicamente a las empresas favorecidas. Este interés depende principalmente del tipo y de la magnitud de las obras, así como de las dimensiones y de la especialización o de la diversificación de la empresa. El hecho formal de que el *domicilio* social de la empresa se halle en la región de que se trata no es, sin duda alguna, el único decisivo en la materia.

18. Por consiguiente, al tratarse de una medida discriminatoria, sólo es compatible con el Tratado si está comprendida dentro del ámbito de aplicación de una excepción al artículo 59 expresamente prevista en el citado Tratado.[6] A este respecto, sólo puede tenerse en cuenta el artículo 56 del Tratado CEE, al que remite el artículo 66. Ninguna de las posibilidades que en él se mencionan (orden público, seguridad y salud públicas)

4 — Sentencias de 20 de marzo de 1990, Du Pont de Nemours Italiana (C-21/88, Rec. p. I-889, apartados 12-13) y de 11 de julio de 1991, Laboratori Bruneau (C-351/88, Rec. p. I-3641) (sobre el artículo 30 del Tratado CEE); de 25 de julio de 1991, Comisión/Países Bajos (C-353/89, Rec. p. I-4069), apartado 25 (sobre el artículo 59).

5 — Véase nota precedente.

6 — Sentencia de 26 de abril de 1988, Bond van Adverteerders (352/85, Rec. p. 2085), apartado 32.

son aplicables al presente caso. En particular, no se destaca ningún motivo de orden público, lo que efectivamente implicaría que sobre un interés fundamental de la sociedad [7] pesa una amenaza real y suficientemente grave. La finalidad de la Ley en su conjunto (ejecución acelerada de los contratos públicos de obras) y la del apartado 1 de su artículo 2 (compensación de los inconvenientes derivados del principio de adjudicación global) no se ajustan a estas condiciones estrictas; con independencia de ello, nada permite pensar tampoco que uno de los dos objetivos mencionados, o los dos, sólo pudiera alcanzarse con ayuda de la discriminación actualmente impugnada. Así, el apartado 1 del artículo 2 de la Ley nº 80/87 es contrario al artículo 59 del Tratado CEE. En consecuencia, se debe admitir el motivo alegado por la Comisión.

19. *II.* La Comisión impugna asimismo el apartado 3 del artículo 3 de la Ley controvertida, que establece:

«Si más de quince empresas estuvieren interesadas, la Administración o el poder adjudicador no podrá invitar a licitar a menos de quince empresas. En la elección de las empresas invitadas a la licitación, se deberá conceder *prioridad* a las agrupaciones temporales de empresas y consorcios a los que pertenezcan *empresas* que [...] ejerzan su actividad principalmente *en la región en que se realicen las obras.*» [8]

20. *1.* Se debe destacar, en primer lugar, que el motivo alegado por la Comisión no se dirige contra la condición que obliga a invitar a la licitación a un número mínimo determinado de empresas, ni contra el hecho de que se favorezca a las agrupaciones temporales de empresas y consorcios. La Comisión impugna únicamente el hecho de que las empresas cuya actividad se caracteriza por los rasgos regionales mencionados deban pertenecer a las agrupaciones de empresas favorecidas.

21. *2.* Dado que la Comisión considera que ello constituye una violación del artículo 59 del Tratado CEE, procede admitirlo sin reservas. Se trata de una forma encubierta de discriminación, ya que no se basa ni en la nacionalidad ni en el domicilio social de las empresas, sino en el hecho de que las empresas de los otros Estados miembros están peor situadas que las empresas nacionales en razón del criterio de distinción elegido. [9] En efecto, como ha afirmado la Comisión, sin que haya habido oposición, las empresas nacionales cumplen el criterio elegido (ejercer la actividad principalmente en la región en que se realizan las obras) con mucha más frecuencia que las empresas extranjeras.

22. La alegación del Gobierno italiano de que las empresas de otros Estados miembros, así como las empresas nacionales, tienen la posibilidad de asociarse a las empresas favorecidas es impertinente. Con independencia de si las empresas nacionales y las de los otros Estados miembros tienen las mismas posibilidades de asociación con una de las empresas favorecidas —lo que niega la Comisión—, no puede descartarse que esta asociación sea poco deseable desde el punto de vista comercial o que sea inoportuna para una empresa de otro Estado miembro. La libertad de empresa, que el artículo 59 pretende precisamente preservar,

7 — Sentencia de 27 de octubre de 1987, Bouchereau (30/77, Rec. p. 1999), apartado 35.

8 — El subrayado es mío.

9 — Véase a este respecto la sentencia de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia (3/88, Rec. p. 4035), apartado 8.

implica la posibilidad de eludir esta gestión. Desde esta perspectiva, se debe hacer constar que, entre dos interesados —una empresa de *otro Estado miembro* y una empresa «local»— que deseen ofrecer el mismo servicio de construcción y que hayan adoptado, por sí solos o en común con otras empresas, la decisión de licitar en función de sus perspectivas o imperativos propios, el apartado 3 del artículo 3 da prioridad a la empresa «local». Estimo que el efecto discriminatorio de esta disposición ha sido demostrado, con independencia de la cuestión antes mencionada.

23. Procede estimar el motivo de la Comisión fundado en el artículo 59 del Tratado CEE, dado que tampoco en este caso se deduce ninguno de los motivos de justificación previstos en el artículo 56 del mismo texto legal.

24. *3.* Es igualmente fundado el motivo alegado por la Comisión de que la condición actualmente tratada es contraria al artículo 22 de la Directiva 71/305.

25. Se debe destacar, en primer lugar, que, tras la respuesta dada por el Gobierno italiano al escrito de requerimiento, no se discute que los contratos celebrados al amparo de la Ley nº 80/87 se refieren a prestaciones comprendidas, con arreglo a la letra b) del artículo 1 de la Directiva, dentro del ámbito de aplicación de ésta; las partes coinciden también en que la aplicabilidad de esta disposición de Derecho comunitario no queda en entredicho por el hecho de que, tal como prevé la Ley nº 80/87, el contrato pueda versar también sobres otras prestaciones.

26. Por consiguiente, en lo que se refiere a la compatibilidad del apartado 3 del artículo 3 de la Ley con el artículo 22 de la Directiva, la Comisión parte del principio de que, según la disposición de la Directiva, la elección de los candidatos *sólo* puede efectuarse «en base a las informaciones suministradas, en virtud de las disposiciones de la letra d) del artículo 17». Parece inclinarse por dar una respuesta negativa a la pregunta de si los Estados miembros tienen o no un margen de maniobra para aplicar criterios suplementarios,[10] inspirados, por ejemplo, por motivos de política económica.[11] Si este punto de vista fuera pertinente, la infracción del artículo 22 no ofrece dudas, ya que el criterio adoptado por el apartado 3 del artículo 3 de la Ley no guarda relación alguna con las informaciones previstas por la letra d) del artículo 17 de la Directiva. Aunque se interpretara el artículo 22 en el sentido de que se deja a los Estados miembros un margen de maniobra como el que acabo de describir, sólo puede hacerse uso de éste de conformidad con el párrafo segundo del citado artículo que dispone:

«Cada uno de los Estados miembros se asegurará de que los poderes adjudicadores convocarán a los solicitantes de los demás Estados miembros que respondan a las cali-

10 — Respecto a los criterios mencionados en el artículo 20 de la Directiva (capacidad, por una parte, criterios de adjudicación del contrato en el sentido del artículo 29, por otra), el Tribunal de Justicia ha reconocido efectivamente que los Estados miembros poseen, con ciertas restricciones, dicho margen de maniobra para la aplicación de criterios suplementarios; véase, a propósito de una condición impuesta por motivos de política social, la sentencia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes (31/87, Rec. p. 4635), apartados 28-30 y 36.

11 — Las presentes circunstancias permiten, por ejemplo, pensar en un criterio que favorezca a las pequeñas y medianas empresas.

ficaciones requeridas, en las mismas condiciones que a los nacionales.»

27. En consecuencia, si el párrafo primero del artículo 22 debiera interpretarse en el sentido de que no prohíbe a los Estados miembros la aplicación de criterios de elección suplementarios, habría que deducir de su segundo párrafo el principio general del Derecho según el cual estos criterios no deben discriminar a los candidatos de otros Estados miembros.

También en este caso llego a la conclusión de que la disposición impugnada es contraria al artículo 22.

28. Dado que en las circunstancias presentes no es aplicable ninguna excepción a la aplicación de la Directiva que permita eludir el artículo 22, la introducción de esta disposición no era conforme a Derecho, y procede estimar el motivo de la Comisión.

Costas

29. En la medida en que han sido desestimados los dos motivos formulados por el Estado demandado al término del procedimiento, resulta de aplicación el apartado 2 del artículo 69 del Reglamento de Procedimiento. En atención a la importancia de estos dos motivos (relativos ambos, al menos parcialmente, a una violación de las libertades fundamentales del Tratado) frente a los que se mencionaron en el escrito de recurso, procede, en primer lugar, imponer el pago de la mitad de las costas al Estado miembro demandado.

30. Respecto a la mitad de las costas restante, procede aplicar el apartado 5 del artículo 69. Como ninguna de las partes ha solicitado en particular la condena al pago de esta parte de las costas (si bien han tenido ocasión de hacerlo durante la vista), cada una cargará con sus propias costas.

Conclusiones

31. Por los motivos expuestos, propongo al Tribunal de Justicia que:

«1) Declare que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 59 del Tratado CEE y de la Directiva 71/305/CEE al adoptar la Ley nº 80/87 sobre normas extraordinarias para la aceleración de la ejecución de las obras públicas.

2) Condene a la República Italiana al pago de la mitad de las costas. Respecto a la mitad restante, cada parte cargará con sus propias costas.»