CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GIUSEPPE TESAURO

presentadas el 17 de noviembre de 1994 *

1. Mediante el presente recurso, la Comisión solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Reino de los Países Bajos ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de 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 [1] (en lo sucesivo, «Directiva "suministros"»), modificada sucesivamente por las Directivas 80/767/CEE, de 22 de julio de 1980, [2] y 88/295/CEE, de 22 de marzo de 1988, [3] así como en virtud del artículo 30 del Tratado CEE.

Más concretamente, la Comisión considera que no es conforme a las disposiciones comunitarias el anuncio de contrato publicado por el Nederlands Inkoopcentrum NV (en lo sucesivo, «NIC») en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* el 10.12.1991, relativo al suministro y mantenimiento de un «meteorological workstation system». [4] La Comisión ha formulado dos motivos: el anuncio no indica las personas admitidas a asistir a la apertura de las ofertas ni la fecha, la hora y el lugar de dicha apertura; el pliego de condiciones contiene una especificación técnica definida mediante referencia a un producto de una marca determinada, a saber, el sistema informático UNIX, desarrollado por la empresa Bell Laboratories, perteneciente al grupo ITT, sin mencionar la posibilidad de que el proveedor utilice un sistema equivalente.

Hay que recordar que la Comisión notificó estas observaciones a los Países Bajos y al órgano de contratación, de conformidad con el procedimiento previsto en los apartados 1 y 2 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 obra. [5] La notificación precisaba que servía de escrito de requerimiento con arreglo al artículo 169 del Tratado CEE y que la comunicación que posteriormente transmitiera el Gobierno neerlandés sería considerada equivalente a las observaciones previstas por dicho artículo del Tratado.

* Lengua original: italiano.

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

2 — DO L 215, p. 1, EE 17/01, p. 83.

3 — DO L 127, p. 1.

4 — El referido anuncio, con el nº 91/S233-37730/NL, fue publicado en el DO S 233 de 10.12.1991, p. 25.

5 — DO L 395, p. 33.

2. Para comprender con precisión el alcance de los motivos formulados y de las alegaciones invocadas por el demandado en su defensa, es preciso recordar las disposiciones pertinentes de las referidas Directivas.

El apartado 5 del artículo 9 de la Directiva «suministros» impone a las administraciones adjudicadoras que, al redactar los anuncios de contrato, respeten los modelos que figuran en el Anexo III. Ahora bien, en un caso como el de autos, en el que el procedimiento de adjudicación seguido es el procedimiento «abierto», el anuncio debe contener, en particular, las indicaciones siguientes (punto 7 del Anexo):

«a) Personas admitidas a asistir a la apertura de las ofertas.

b) Fecha, hora y lugar de dicha apertura.»

El apartado 6 del artículo 7, introducido en el Título II de la misma Directiva, consagrado a las «normas comunes en el ámbito técnico», dispone además que:

«A menos que tales especificaciones no estén justificadas por el objeto del contrato, los Estados miembros prohibirán la introducción, en las cláusulas contractuales propias de un contrato determinado, de especificaciones técnicas que mencionen productos de una fabricación o de una procedencia determinada, o procedimientos especiales que tengan por efecto favorecer o eliminar determinadas empresas o determinados productos. Estaría prohibida, en particular, la indicación de marcas, patentes o tipos, o la de un origen o una producción determinada; sin embargo, tal indicación acompañada de la mención "o equivalente" estará autorizada cuando el objeto del contrato sólo pueda ser descrito por medio de especificaciones suficientemente precisas y perfectamente inteligibles por todos los interesados.»

Por último, en lo que se refiere al artículo 3 de la Directiva 89/665, prevé un medio de intervención «rápido» ante las autoridades competentes de los Estados miembros y los órganos adjudicadores, medio al que la Comisión puede recurrir, antes de la celebración de un contrato, si considera que «se ha cometido una infracción clara y manifiesta de las disposiciones comunitarias en materia de contratos públicos durante un procedimiento de adjudicación de contrato». Así pues, en este supuesto la Comisión notifica a dichas autoridades y órganos de contratación las infracciones observadas y solicita su corrección; a partir de este momento, el Estado miembro dispone de veintiún días para comunicar a la Comisión la corrección hecha a la infracción denunciada o los motivos por los que no se ha realizado ninguna corrección o también la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato.

3. Antes de pasar a la cuestión de fondo del litigio, es necesario examinar la excepción de inadmisibilidad propuesta por el Gobierno neerlandés desde un punto de vista doble.

Este Gobierno alega, en primer lugar, que el comportamiento de la Comisión no se ajustó a las exigencias de los apartados 1 y 2 del artículo 3 de la Directiva 89/665. Como ya he indicado, la finalidad del procedimiento previsto en dicho artículo es informar a su debido tiempo, en todo caso antes de la adjudicación, al Estado miembro y a la Administración adjudicadora interesados de que se ha cometido una infracción clara y manifiesta de las disposiciones comunitarias. Ahora bien, los cargos de la Comisión se notificaron a los Países Bajos seis meses después de la publicación del referido anuncio, en vísperas de la firma del contrato. El órgano de contratación, por su parte, tan sólo recibió la notificación unos días más tarde, como lo reconoce la Comisión, [6] una vez hecha la adjudicación. Según la parte demandada, de esto resulta un incumplimiento de la obligación de cooperación entre Estados miembros e Instituciones comunitarias que emana del artículo 5 del Tratado CEE, en la medida en que no se puede exigir razonablemente que se suspenda, en el plazo de un solo día laborable, un procedimiento de adjudicación iniciado varios meses antes, habida cuenta, además, del retraso con que la correspondiente solicitud había sido transmitida a la Administración adjudicadora.

El segundo motivo de inadmisibilidad alegado por el Gobierno neerlandés se basa en el hecho de que también la Comisión se refirió a la misma especificación técnica, es decir, al sistema informático UNIX, en un anuncio de contrato publicado con posterioridad al que es objeto del presente procedimiento. [7] Esta observación prueba que NIC pudo estimar perfectamente que el uso de la referida especificación no tropezaría con ninguna objeción desde el punto de vista del Derecho comunitario. Dado que la propia Comisión consideraba el sistema UNIX como una prescripción técnica de uso corriente y generalmente aceptada.

4. Las críticas formuladas por el Gobierno neerlandés frente al comportamiento de la Comisión son comprensibles. Sin embargo, como me parece que el fundamento de ésas se debe verificar únicamente en el plano jurídico, no cabe duda de que no pueden justificar una declaración de inadmisibilidad del recurso. Al menos, no pienso sugerir al Tribunal de Justicia que resuelva en este sentido.

Hay que señalar, en primer lugar, que el hecho de haber iniciado con retraso el procedimiento especial previsto en el artículo 3 de la Directiva 89/665 para corregir infracciones de las disposiciones comunitarias en materia

6 — En su escrito de réplica, la Comisión reconoce que la carta certificada que contenía los cargos había sido enviada el 25 de junio de 1992 al Gobierno neerlandés, pero no a NIC; éste no recibió un telefax enviado por los servicios competentes de la Comisión hasta el 29 de junio siguiente.

7 — Se trata del anuncio de contrato, nº 92/S116-223439/FR, publicado en el DO S 116 de 17.6.1992, p. 77.

de contratos públicos ciertamente no puede impedir a la Comisión actuar contra el Estado miembro interesado, con arreglo al artículo 169 del Tratado, para hacer que se declare tal infracción. Es cierto que esta acción no está condicionada a ningún plazo, en la medida en que corresponde a una modalidad de ejercicio de la función permanente de control asignada a la Comisión por el artículo 155 del Tratado CEE, para garantizar el respeto del Derecho comunitario; [8] por consiguiente, evidentes consideraciones sobre la jerarquía de las normas bastan para disipar toda duda sobre este extremo.

Por otra parte, si bien la finalidad declarada del procedimiento previsto en el artículo 3 de la Directiva 89/665 es, tal como resulta de una lectura de los considerandos de la Directiva, [9] establecer un mecanismo que permita a la Comisión intervenir rápidamente ante las autoridades competentes de los Estados miembros interesados antes de la adjudicación de un contrato público, para prevenir los daños irreparables que puedan resultar de la atribución ilegítima de dicho contrato, el instrumento establecido, en realidad, no añade ni quita nada a las facultades de que dispone la Comisión con base en el artículo 169 del Tratado. En todo caso, la Comisión debe recurrir al procedimiento previsto en este artículo cuando el Estado miembro interesado no haya respondido, o no lo haya hecho de forma satisfactoria, a la notificación efectuada con arreglo al artículo 3 de la Directiva 89/665, si quiere conseguir que se declare que dicho Estado miembro ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las disposiciones comunitarias en materia de contratos públicos.

5. Teniendo en cuenta las consideraciones que preceden, la iniciación simultánea de los procedimientos contemplados por la citada disposición de la Directiva 89/665 y por el artículo 169 del Tratado responde a exigencias de economía procesal que me parecen perfectamente admisibles. El retraso con el que ha actuado la Comisión, y desde este punto de vista no puedo más que suscribir las críticas que le han sido dirigidas, únicamente tiene como consecuencia el riesgo de privar a su acción de la eficacia que pretendía garantizar el referido procedimiento especial.

Por otra parte, tras la supresión, en el texto definitivo de la Directiva adoptado por el Consejo, de facultades enérgicas de intervención conferidas inicialmente a la Comisión, [10] la aceleración del procedimiento basado en el artículo 169 del Tratado, fijando un plazo máximo de veintiún días para responder a la notificación de la Comisión, es, en sustancia, el único elemento que responde a uno de los objetivos perseguidos por dicho acto, a saber, reforzar asimismo a escala comunitaria la efi-

8 — Véase, a este respecto, la sentencia de 10 de abril de 1984, Comisión/Bélgica (324/82, Rec. p. 1861), apartados 11 y 12.

9 — Véanse, en particular, los considerandos segundo, séptimo y octavo.

10 — En particular, la posibilidad de suspender, en caso de urgencia, el curso del procedimiento de adjudicación de un contrato ante determinadas infracciones especialmente graves de la normativa comunitaria: véanse los artículos 4 y 5 de la Propuesta de Directiva (DO C 15 de 19.1.1989, p. 8).

cacia de los mecanismos que permiten controlar la aplicación de las normas relativas a los contratos públicos.

El referido artículo se limita, en efecto, a precisar cuál es de este modo el plazo que se debe considerar «razonable» en el marco del procedimiento previsto en el artículo 169 del Tratado, para que el Estado miembro interesado pueda responder a la notificación y, en su caso, preparar eficazmente su defensa contra los cargos formulados contra él. [11] En cambio, queda absolutamente excluido que la finalidad de este artículo haya sido señalar un plazo de caducidad para la acción de la Comisión.

6. El segundo motivo de inadmisibilidad invocado por la parte demandada se basa en la necesidad de proteger la confianza legítima, en lo referente a la conformidad con la normativa comunitaria de la especificación técnica que es objeto del litigio, confianza infundida en las autoridades neerlandesas por el hecho de que la misma Comisión haya hecho uso de esta especificación en un anuncio de licitación pública.

A este respecto, me limito a indicar que hay dos posibilidades. La primera es que la utilización de la referida especificación no sea contraria a la normativa en materia de contratos públicos y que, por tanto, tanto las Instituciones comunitarias como las autoridades nacionales hayan podido y puedan legítimamente hacer uso de ésa en la descripción del objeto de un contrato. En tal caso, el recurso interpuesto por la Comisión debe ser desestimado sobre el fondo, al menos en este extremo.

Si, por el contrario, hay incompatibilidad, no veo verdaderamente cómo el hecho de que la propia Comisión haya infringido las normas de la Directiva «suministros» puede justificar la eventual infracción cometida por las autoridades neerlandesas. Incluso las Instituciones comunitarias están obligadas a observar la normativa en materia de contratos públicos; si no la respetan, ningún principio jurídico autoriza a los Estados miembros a hacer lo mismo. El hecho de que una Institución haya incurrido en una infracción de la misma naturaleza tampoco le prohíbe actuar para hacer que se declare la infracción cometida por un Estado miembro.

Por consiguiente, procede desestimar igualmente este motivo de inadmisibilidad.

7. Dado que no se niega que la Directiva «suministros» sea aplicable al caso de

11 — Véase, a este respecto, la sentencia de 2 de febrero de 1988, Comisión/Bélgica (293/85, Rec. p. 305), apartados 13 y 14.

autos, [12] paso a examinar el fondo de los motivos invocados contra la parte demandada.

Como ya he dicho, la Comisión imputa en primer lugar a la Administración adjudicadora haber infringido el apartado 5 del artículo 9 de la Directiva «suministros» debido a que, al redactar el anuncio de contrato, no se ajustó a las prescripciones contenidas en el Anexo III de la misma Directiva, al que se remite la mencionada disposición y que impone, en el punto 7, indicar las personas admitidas a asistir a la apertura de las ofertas, así como la fecha, la hora y el lugar de dicha apertura. El Gobierno neerlandés comparte la tesis de la Comisión de que las administraciones adjudicadoras tienen la obligación de redactar los anuncios de contratos según el modelo que figura en el mencionado Anexo y de que la prescripción formulada en el punto 7 de este mismo Anexo tiene carácter incondicional. Sin embargo, objeta que las mencionadas indicaciones solamente son necesarias si la Administración adjudicadora se propone limitar la posibilidad de asistir a la apertura de las ofertas, reservándola, por ejemplo, a los proveedores que las hayan presentado. Si, como en el caso de autos, la apertura es pública y a ella puede asistir cualquier persona interesada, dicha indicación es superflua.

Por otra parte, dado que de costumbre las ofertas presentadas son tan complejas y voluminosas que es imposible leerlas íntegramente en el momento de la apertura, es absolutamente ilusoria la posibilidad de que los proveedores controlen, en esta fase del procedimiento, el comportamiento de la Administración adjudicadora y que, en su caso, actúen a su debido tiempo para defender sus derechos.

8. Tampoco me inclino a adherirme sobre este extremo a los argumentos expuestos por el Gobierno neerlandés. En primer lugar, no hallan base alguna en la letra de la Directiva. En efecto, cuando la Directiva precisa las menciones que debe contener el anuncio de contrato en caso de recurrir al procedimiento abierto, el Anexo III de esta Directiva distingue claramente entre menciones obligatorias y facultativas. En la segunda categoría entran las menciones correspondientes al plazo de entrega de los productos que deban suministrarse (punto 4), al importe y a las modalidades de pago de la cantidad que deba abonarse para obtener de la Administración de que se trate un ejemplar de la documentación relativa al contrato [letra c) del punto 5] o también a la forma jurídica que deberá adoptar la agrupación de proveedores adjudicataria de la contratación (punto 10).

Por el contrario, las prescripciones que figuran en el punto 7 no pueden beneficiarse de ninguna excepción, en particular en función del procedimiento seguido en el momento de la apertura de las ofertas. Esto es perfectamente conforme con el espíritu de la norma-

12 — Sobre este extremo, en efecto, el Gobierno neerlandés, aunque niega que se pueda considerar a NIC como una Administración adjudicadora con arreglo a la Directiva «suministros», reconoce que esta Directiva se aplica al procedimiento de adjudicación de que se trata, en la medida en que en el caso de autos NIC actuó en nombre y por cuenta del Koninklijk Nederlands Meteorologisch Instituut (Real Instituto Meteorológico Neerlandés), el cual sí debe ser considerado como una Administración adjudicadora con base en la mencionada Directiva.

tiva de que se trata, que considera la transparencia de todas las operaciones y procedimientos que permiten el aprovisionamiento de las administraciones adjudicadoras como uno de los instrumentos más eficaces para abrir el acceso a los contratos públicos de suministro. Hay que tener en cuenta asimismo el hecho de que en numerosos casos sólo se puede garantizar la aplicación efectiva de la normativa comunitaria si las infracciones de ésta suscitan una reacción a su debido tiempo. Por consiguiente, es de comprender el interés que los proveedores que participan en un procedimiento de adjudicación pueden tener en estar presentes en el acto de apertura de las ofertas, aunque sólo sea, como señala la Comisión, para conocer la identidad de sus competidores y poder verificar, ya en esa fase, si responden a los criterios de selección cualitativa enumerados en los artículos 20 y siguientes de la Directiva «suministros». Es, pues, evidente que esta posibilidad de control sería ilusoria si no se conocieran las modalidades prácticas de la apertura (incluso pública) de las ofertas.

9. En cuanto a la presunta infracción del apartado 6 del artículo 7 de la Directiva «suministros» y del artículo 30 del Tratado, como consecuencia de haber introducido en el pliego de condiciones controvertido una especificación técnica que menciona un producto determinado, el Gobierno neerlandés objeta que, en realidad, el pliego de condiciones hace referencia a una familia de productos, en la medida en que le sistema UNIX debe considerarse, en el sector de las tecnologías de la información, como una prescripción técnica generalmente reconocida por los operadores. Por tanto, el hecho de haber omitido deliberadamente la mención «o equivalente» después de la designación de UNIX pretendió precisamente dar a entender a los proveedores interesados que el NIC pretendía referirse no a un producto determinado, sino a un producto que tuviera características bien definidas. En apoyo de su tesis, el Gobierno neerlandés invoca el hecho de que finalmente el contrato se adjudicó a un proveedor que no utilizaba el sistema UNIX, sino un sistema similar.

Sobre este extremo, deseo hacer observar que la parte demandada admite que el sistema UNIX no es un sistema normalizado, es decir, una especificación técnica aprobada por un organismo internacional de normalización reconocido en el sector de las tecnologías de la información. Fue desarrollado, en efecto, en el seno de uno de los organismos no oficiales creados por los productores y los consumidores para contribuir a la aceleración del proceso de normalización; precisamente X/OPEN, que procede a la normalización de los sistemas de explotación basados en el sistema UNIX de AT & T. [13] Ahora bien, las especificaciones técnicas así elaboradas sólo se convierten en normas en el momento en que los organismos oficiales extraen los resultados de los trabajos realizados por dichos organismos no oficiales. Por consiguiente, me parece difícil sostener, como hace el Gobierno neerlandés, que el comportamiento de la Administración adjudicadora sea conforme con la Decisión 87/95/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la normalización en el sector de las tecnologías de la información y de

13 — Véase, a este respecto, el documento titulado «Standardization — Fact Sheet 4», elaborado en octubre de 1990 por la Dirección General XIII de la Comisión y al que se remiten las dos partes litigantes.

las telecomunicaciones, [14] que impone a los Estados miembros que se refieran a las normas europeas e internacionales en los contratos públicos relativos a dichas tecnologías, en la medida en que, como la propia parte demandada reconoce, el sistema UNIX no esté comprendido en dichas categorías.

Así pues, dado que UNIX es la marca de un producto determinado, la inserción, en un anuncio de contrato, de una cláusula que se refiera a este sistema, sin que esta indicación vaya acompañada de la mención «o equivalente», constituye una infracción del apartado 6 del artículo 7 de la Directiva «suministros». Además, como esta cláusula, al menos en un primer momento, reserva el contrato únicamente a los proveedores que se propongan utilizar el sistema específicamente indicado, lleva a obstaculizar las importaciones en el comercio intracomunitario e infringe el artículo 30 del Tratado. [15]

10. No me parece que la conclusión pueda ser otra por el hecho de que el contrato de que se trata haya sido adjudicado a continuación a un proveedor que utiliza un sistema equivalente al indicado específicamente en el anuncio, en la medida en que la inserción, en el expediente de la licitación, de una cláusula como la controvertida puede tener de todos modos como consecuencia que los operadores económicos que utilizan sistemas análogos al solicitado se abstengan de licitar, precisamente, a causa de dicha cláusula.

A la luz de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que:

«— Declare que el Reino de los Países Bajos ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 77/62/CEE del Consejo, modificada por

14 — DO 1987, L 36, p. 31.

15 — Véase, a este respecto, la sentencia de 22 de septiembre de 1988, Comisión/Irlanda (45/87, Rec. p. 4929), en particular los apartados 12 a 27.

las Directivas 80/767/CEE y 88/295/CEE, y en virtud del artículo 30 del Tratado, al omitir precisar en el anuncio de contrato de que se trata las personas admitidas a asistir a la apertura de las ofertas, así como la fecha, la hora y el lugar de dicha apertura y al introducir en el pliego de condiciones una especificación técnica definida con referencia a un producto de una marca determinada.

— Condene en costas al Reino de los Países Bajos.»