CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. CARL OTTO LENZ

presentadas el 26 de febrero de 1992 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

A. Introducción

1. Mediante el presente procedimiento por incumplimiento, la Comisión imputa a la Unità Sanitaria locale XI-Génova 2 (USL) la infracción de la Directiva 77/62/CEE, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro. [1] La USL publicó el 10 de octubre de 1988 un anuncio de licitación para el suministro de diversos productos durante el año 1989, entre otros, carne de bovino por un importe de 5.800.000.000 LIT. El anuncio de licitación establecía un requisito mínimo para ser admitido a participar en el procedimiento de adjudicación del contrato, requisito que la Comisión considera contrario al Derecho comunitario. En efecto, los licitadores potenciales debían probar que habían suministrado durante los tres últimos años (1985 a 1987) productos idénticos por un importe de al menos seis veces el valor de cada suministro solicitado, debiendo estar constituido el 50 % de este importe por *suministros a las Administraciones Públicas.*

2. El Gobierno italiano se defiende del recurso en diversos planos. En primer lugar, en su escrito de contestación ha sugerido a la Comisión que retire el recurso, porque la cláusula en litigio dejó de producir efectos al caducar la licitación y no fue recogida en las posteriores licitaciones. En el transcurso del procedimiento escrito, el Gobierno demandado ha propuesto formalmente una excepción de inadmisibilidad basada en que la infracción había cesado en el momento de emitirse el Dictamen motivado, en marzo de 1990, y por ello forzosamente antes de expirar el plazo fijado para atenerse a dicho Dictamen.

3. Además, el Gobierno italiano opina que no se puede imputar a un Estado miembro la infracción de una Directiva cometida por un organismo público, si el Derecho interno se adaptó debidamente a la Directiva. De este modo, el Estado miembro ha cumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 189 del Tratado CEE. Por otra parte, las disposiciones nacionales de ejecución prevalecen sobre una Directiva, con la consecuencia de que sólo en el marco del Derecho interno puede concederse protección jurídica contra posibles infracciones.

4. Con relación al contenido del recurso, el Gobierno italiano alega que la cláusula impugnada no es un criterio ilegal de exclusión, sino meramente un elemento de apreciación de las pruebas que acrediten la capacidad técnica de los potenciales licitadores, exigida con arreglo a la Directiva.

* Lengua original: alemán.

1 — Del Consejo, de 21 de diciembre de 1976 (DO L 13, p. 1; EE 17/01, p. 29).

5. La Comisión solicita al Tribunal de Justicia:

— Declare que, al imponer la Unità Sanitaria locale XI-Génova 2 que el 50 % del importe mínimo de los suministros efectuados durante los tres últimos años y exigido para ser admitido a participar en un contrato público de suministro debía estar constituido por suministros a Administraciones Públicas, la República Italiana 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 los contratos públicos de suministro.

— Condene en costas a la República Italiana.

6. El Gobierno italiano solicita al Tribunal de Justicia:

— Desestime el recurso.

— Condene en costas a la Comisión.

En su escrito de dúplica, solicita al Tribunal de Justicia:

— Acuerde la inadmisión del recurso.

7. Con respecto a los hechos, el marco jurídico del asunto y las alegaciones de las partes, me remito al informe para la vista.

B. Definición de postura

1. *Admisibilidad*

8. El Gobierno italiano no ha solicitado formalmente hasta el momento de la dúplica la inadmisibilidad del recurso, de manera que hay que preguntarse si lo hizo en el momento oportuno para que se pueda considerar que su solicitud se efectuó dentro de plazo.

9. Por un lado, el Gobierno demandado ya ha expuesto, en el escrito de contestación, todas las alegaciones que, en su opinión, militan por la inadmisibilidad del recurso. Por otro, también ha solicitado que se desestime el recurso. Esta pretensión también comprende la petición de desestimación del recurso basada en la inadmisibilidad del mismo. La parte demandante tuvo ocasión, en la réplica, de negar las alegaciones del demandado. Por último, el Tribunal de Justicia examina de oficio la admisibilidad del recurso. Por los motivos expuestos, no hay razón alguna para no tener en cuenta posibles excepciones de inadmisibilidad basadas en la extemporaneidad del motivo invocado.

10. La inadmisibilidad del recurso en el presente asunto podría derivar de que —como ha expuesto la Comisión en la fase escrita— hasta marzo de 1990 no se emitió el Dictamen motivado previsto en el procedimiento administrativo previo, mientras que la supuesta infracción cometida en la licitación del año 1989, por consiguiente, ya no podría existir al expirar el plazo establecido en el Dictamen motivado para poner fin a la infracción del Tratado. Además, la cláusula en litigio no se recogió en las licitaciones de los años 1990 y 1991.

11. Con arreglo al párrafo segundo del artículo 169 del Tratado CEE, la existencia de una infracción después de la expiración del plazo señalado en el Dictamen motivado constituye un requisito para la admisibilidad de un recurso. Según la jurisprudencia aplicable a este respecto,[2] no existe ningún interés en que el Tribunal de Justicia declare la infracción del Tratado cuando la infracción ya ha cesado. Esta jurisprudencia es consecuente con la *ratio* del procedimiento administrativo previo, que se propone eliminar la infracción antes de que se inicie el procedimiento contencioso. Por consiguiente, hay que considerar en principio que no existe interés en declarar una infracción del Tratado, cuando dicha infracción ha dejado de existir al expirar el plazo fijado en el Dictamen motivado.

12. La jurisprudencia sobre la declaración positiva del interés para ejercitar la acción en el marco de un recurso por incumplimiento[3] —debido a una posible responsabilidad de un Estado miembro frente a otros Estados miembros de la Comunidad o frente a particulares interesados— se aplica sólo cuando la infracción alegada queda eliminada *después* de transcurrir el plazo fijado en el Dictamen motivado. Por tanto, en el supuesto de infracciones que se han terminado *antes* de ese momento, ya no ha lugar a afirmar el interés en proseguir la acción.

13. Sólo caben excepciones a esta regla en caso de infracciones temporales,[4] cuando el incumplimiento se produce de forma limitada en el tiempo, debido a su objetivo y a su naturaleza jurídica (como, por ejemplo, en el caso de restricciones a la importación o exportación establecidas en función de temporadas para proteger a los operadores económicos nacionales), y cuando la prosecución del procedimiento administrativo previo al recurso por incumplimiento resulta por ello más difícil en el tiempo o incluso imposible.

14. A mi juicio, en el presente caso no hay motivo alguno para examinar las posibilidades de que intervenga tal excepción, aun cuando la cláusula controvertida de la licitación sólo tuviera validez durante un determinado tiempo fijado de antemano, ya que este período de tiempo se calculó de tal manera que era posible la debida aplicación del procedimiento sin dificultades: la publicación de la licitación tuvo lugar el 10 de octubre de 1988 y quedó sin efecto a finales de 1989. Por consiguiente, la Comisión dispuso de un período de casi quince meses para, mediante un procedimiento administrativo previo, perseguir las irregularidades cometidas.

15. Considerando que la Comisión solamente concedió al Estado miembro demandado quince días para contestar a sus escritos en el marco del procedimiento administrativo previo (escrito de requerimiento de 10 de septiembre de 1989 y Dictamen motivado de 27 de marzo de 1990), no podemos partir de que la tramitación del asunto haya requerido plazos excepcionalmente largos, ya sea a causa de las investigaciones que había que realizar efectivamente, ya sea por la complejidad del problema.

2 — Sentencias de 15 de enero de 1986, Comisión/Bélgica (52/84, Rec. p. 89); de 5 de junio de 1986, Comisión/Italia (103/84, Rec. p. 1759), apartados 6 y ss., y letra B, punto 1, a) de mis conclusiones; de 10 de marzo de 1987, Comisión/Italia (199/85, Rec. p. 1039), apartados 7 y ss.; de 24 de marzo de 1988, Comisión/Grecia (240/86, Rec. p. 1835), apartados 15 y 16 y puntos 7 y ss. de mis conclusiones.

3 — Sentencias de 9 de julio de 1970, Comisión/Francia (26/69, Rec. p. 565); de 30 de mayo de 1991, Comisión/Alemania (C-361/88, Rec. p. I-2567) y Comisión/Alemania (C-59/89, Rec. p. I-2607); de 25 de julio de 1991, Comisión/Países Bajos (C-353/89, Rec. p. I-4069), y de 5 de junio de 1986, antes citada (103/84).

4 — Sentencias de 24 de marzo de 1988, antes citada (240/86), y de 30 de mayo de 1991, Comisión/Grecia (C-110/89, Rec. p. I-2659).

16. Por ello, si era posible objetivamente poner en marcha sin dificultad el procedimiento administrativo previo a un recurso por incumplimiento durante los casi quince meses de validez de la licitación, no hay motivo alguno para apartarse de la norma de que la infracción del Tratado debe existir al expirar el plazo fijado en el Dictamen motivado. Por consiguiente, procede considerar que no cabe la admisión del recurso.

17. En la *vista* de 16 de enero de 1992, la Comisión expuso que el Dictamen motivado de 27 de marzo de 1990 era en realidad un segundo dictamen. El primer Dictamen motivado se emitió el 17 de agosto de 1989. Dado que el Gobierno demandado reaccionó con un considerable retraso —el 30 de junio de 1989— al escrito de requerimiento, que la Comisión recibió la respuesta el 6 de julio siguiente y que el contenido de ésta no pudo tenerse en cuenta al redactarse el Dictamen motivado de 17 de agosto de 1989, la Comisión ha alegado que fue oportuno redactar un segundo Dictamen motivado para tener en cuenta todas las objeciones del Gobierno italiano. Según la Comisión, el retraso del procedimiento administrativo previo debe imputarse, pues, al Gobierno demandado.

18. La primera cuestión que se plantea al apreciar esta alegación es si todavía pueden ser tenidos en cuenta de algún modo los elementos de hecho que se expusieron por vez primera en la vista.

19. El artículo 42 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia está redactado así:

«1. En la réplica y en la dúplica las partes también podrán proponer prueba en apoyo de sus alegaciones. En tal caso deberán motivar el retraso producido.

2. En el curso del proceso no podrán invocarse motivos nuevos, a menos que se funden en razones de hecho y de derecho que hayan aparecido durante el procedimiento.

[...]

La decisión sobre la admisibilidad del motivo se adoptará en la sentencia definitiva.»

20. El Dictamen motivado, de 17 de agosto de 1989, dirigido al Estado miembro demandado no es seguramente un nuevo hecho que haya aparecido en el curso del procedimiento ante el Tribunal. Por el contrario, la correcta tramitación del procedimiento administrativo previo constituye un requisito para la admisibilidad del recurso por incumplimiento con arreglo al artículo 169 del Tratado CEE, correspondiendo a la Comisión la carga de la prueba. Desde el principio la Comisión se ha basado exclusivamente en el Dictamen motivado de 27 de marzo de 1990. Hasta que el Tribunal de Justicia formuló una pregunta sobre el objeto del recurso, en vista de que el Dictamen motivado se emitió el 27 de marzo de 1990 y el recurso se interpuso el 11 de diciembre de 1990, la Comisión no mencionó el anterior Dictamen motivado. La pregunta planteada por el Tribunal de Justicia difícilmente puede considerarse como una «razón de derecho», en el sentido del apartado 2 del artículo 42 del Reglamento de Procedimiento,

que justifique la pertinencia de este motivo de defensa.

21. Por ello opino que la alegación relativa al dictamen calificado de primer Dictamen motivado debería ser rechazada por extemporánea y por eso mismo no cabe su admisión, por lo que sigo pensando en la inadmisibilidad del recurso ya comprobada.

22. No obstante, si suponemos, desde un punto de vista teórico, que lo expuesto por la Comisión es una defensa pertinente, sólo difícilmente se puede asumir por qué no pudieron tomarse en consideración las objeciones del Gobierno italiano expuestas en su escrito de 30 de junio de 1989, recibido en la Comisión el 6 de julio siguiente, durante el período de seis semanas que tuvo la Comisión para tramitar el expediente, ya que el Dictamen motivado se envió el 17 de agosto, mientras que sólo se concedieron quince días, en cada caso, al Gobierno italiano para responder al escrito de requerimiento y al Dictamen motivado. No llego a comprender por qué, en estas circunstancias, el envío de un segundo Dictamen motivado en marzo de 1990 debe ser imputable al Gobierno italiano. A mi juicio, sólo la Comisión es responsable de la tramitación tardía del expediente en general y del Dictamen motivado de 27 de marzo de 1990 en particular, de manera que ya no existía ningún interés para ejercitar la acción, por haberse puesto fin a la pretendida infracción antes de la expiración del plazo fijado en el Dictamen motivado.

23. Así pues, dado que procede declarar la inadmisibilidad del recurso, sólo se expondrán con carácter subsidiario las siguientes consideraciones sobre la fundamentación del recurso.

2. *Fundamentación*

a) Ambito de los deberes de un Estado miembro al adaptar su Derecho y aplicar las Directivas

24. El Gobierno italiano alega frente a la infracción que se le imputa que, después de adaptar debidamente el Derecho interno a una Directiva, prevalecen las normas nacionales tanto por lo que respecta a las disposiciones materiales como al control judicial sobre la aplicación de las mismas.

25. Durante el procedimiento administrativo previo, el Gobierno demandado respondió, el 30 de junio de 1989, defendiendo que la cláusula en litigio era conforme con la norma de ejecución de la Directiva 77/62. En el curso posterior del procedimiento siempre se partió de la correcta adaptación del Derecho interno a la Directiva.

26. Las objeciones del Gobierno italiano exigen que se examine el alcance de los deberes de un Estado miembro al adaptar su Derecho a una Directiva y aplicarla. El Gobierno demandado incurre seguramente en un error cuando defiende el parecer de que el Estado miembro, mediante la correcta adaptación de su Derecho interno a una Directiva, ha cumplido todas las obligaciones que le incumben para la ejecución del Derecho comunitario en virtud del artículo 189. La adaptación formal de su Derecho es solamente *uno* de los deberes que el Derecho comunitario impone al Estado miembro. Además, existe la obligación de plasmar los objetivos de la Directiva en el ordenamiento jurídico del Estado miembro no sólo de un modo abstracto, mediante medidas legislati-

vas, sino también de forma concreta. Este deber de garantizar el «efecto útil» [5] de una Directiva afecta primordialmente a todos los organismos del Estado. Por un lado, se deriva directamente del artículo 189 del Tratado CEE y, por otro, también de su artículo 5, que impone a los Estados miembros el deber de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Tratado o resultantes de los actos de las Instituciones de la Comunidad.

27. Habida cuenta de estas obligaciones, hay que responder a la objeción del Gobierno italiano de que la Comisión hasta su réplica no adujo el motivo basado en que el Gobierno italiano no sólo debía haber adaptado su Derecho a la Directiva 77/62 sino también haber garantizado su efecto útil. Según este Gobierno, se trataba de un motivo distinto del expuesto en el Dictamen motivado, por lo que procedía rechazar esta alegación por extemporánea.

28. Según la Comisión, desde el principio, el objeto del procedimiento era la infracción concreta tal como resulta del anuncio de licitación de la USL-Génova 2. La Comisión no señaló ulteriores deberes que, a su juicio, incumben al Estado miembro hasta que el Gobierno italiano expuso como motivo de defensa en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia que, una vez adaptado su Derecho a la Directiva, no tenía otras obligaciones.

29. La argumentación de la Comisión no hace más que justificar la concepción jurídica que la llevó a perseguir la infracción imputada. Por tanto, no se puede considerar que haya habido una ampliación del objeto del litigio o se haya introducido un motivo nuevo.

30. Las Directivas participan en principio de la primacía [6] del Derecho comunitario. Por tanto, incluso después de la adaptación correcta del Derecho interno a las mismas, la Directiva sigue siendo siempre decisiva en caso de que surjan dudas sobre la interpretación de un acto jurídico nacional. En caso de adaptación tardía o errónea al Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia ha admitido incluso, dentro de los límites por él trazados, [7] la aplicabilidad directa de las disposiciones de la Directiva. [8]

31. Por consiguiente, si, como se ha sugerido en el procedimiento administrativo previo, una discrepancia entre el acto jurídico de adaptación y la Directiva misma constituyera una posible infracción del Tratado, la Directiva sería el único criterio. En tal caso, la infracción del Derecho comunitario consistiría —independientemente de si resulta de un incumplimiento concreto del Tratado— tanto en la adaptación errónea del Derecho interno como en la aplicación contraria a la Directiva.

32. Sin embargo, aunque la adaptación se hubiera efectuado correctamente, aun así

5 — Sentencia de 10 de abril de 1984, von Colson y Kamann (14/83, Rec. p. 1891), apartado 15.

6 — Véanse las conclusiones de 12 de julio de 1990 presentadas por el Abogado General Sr. Van Gerven en el asunto C-106/89, punto 9.

7 — Tratándose de disposiciones incondicionales y suficientemente precisas, véanse las sentencias de 5 de abril de 1979, Ratti (148/78, Rec. p. 1629), y de 19 de enero de 1982, Decker (8/81, Rec. p. 53).

8 — Por lo que respecta a los efectos jurídicos de una Directiva en el Derecho nacional, véase la sentencia del Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional alemán) de 28 de enero de 1992, sobre la prohibición de trabajo nocturno de las mujeres — 1 BvR 1025/82 — 1 BvL 16/83 — 1 BvL 10/91.

habría que tomar la Directiva como criterio de interpretación para decidir si existe una infracción del Tratado. Por consiguiente, se trata de saber en todo caso si se aplicaron adecuadamente las disposiciones de la Directiva 77/62 en la licitación controvertida publicada por la USL.

33. Otra cuestión muy distinta —que no se trata de apreciar aquí— es la de las consecuencias de una mera infracción de las disposiciones nacionales de ejecución por parte de sujetos de Derecho independientes. Cuando se trata de un acto de un organismo *público* hay que responder afirmativamente, [9] tanto en lo relativo a la imputabilidad formal de la medida al Estado en el marco de un procedimiento por incumplimiento como en lo relativo a la obligación concreta, impuesta a las autoridades y organismos públicos de los Estados miembros, de aplicar el Derecho comunitario. [10]

34. Dado que los actos de los organismos públicos, en general, son objeto de control en el marco de un recurso por incumplimiento, ya que el Estado miembro también es responsable por las instituciones que han pasado a ser autónomas desde el punto de vista de la organización, tal control se aplica *a fortiori* en el ámbito de aplicación de las Directivas de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro y de los contratos públicos de obras. [11]

35. La Directiva 77/62 dispone expresamente en la letra b) del artículo 1 que se considerarán «poderes adjudicadores el Estado, los entes públicos territoriales y las personas jurídicas de Derecho público y, en el caso de los Estados miembros que desconozcan esta noción, las entidades equivalentes que se enumeran en el Anexo I».

36. La USL-Génova 2, que es el autor del anuncio de licitación, es una entidad municipal cuyo carácter de órgano de contratación en el sentido de la Directiva no se pone en duda.

37. En la sentencia Beentjes, [12] en la que las dos partes del presente procedimiento se han basado, se trata precisamente de saber si el organismo de que se trata debe considerarse como un organismo público comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 71/305 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras. Hay que coincidir con el Gobierno italiano en que el asunto 31/87 era un asunto prejudicial, de manera que no se podía resolver sobre la responsabilidad del Estado miembro en el marco de un procedimiento por incumplimiento, aunque se alegó infracción de las disposiciones comunitarias sobre licitación. No obstante, habida cuenta del deber ya descrito de los Estados miembros frente a la Comunidad en materia de ejecución de Directivas, hay que partir de la idea de que los actos de un organismo público en el sentido de la Directiva entran en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario por parte del Estado miembro. Esta conexión resulta de la definición del ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva sobre la adjudicación de contratos públicos de obras.

9 — Véanse los puntos 10 y ss. de las conclusiones de la sentencia de 11 de julio de 1991, Comisión/Portugal (C-247/89, Rec. pp. I-3659 y ss., especialmente p. I-3670), y 9 y ss. de las conclusiones de la sentencia de 18 de marzo de 1992, Comisión/España (C-24/91, Rec. pp. I-1989 y ss., especialmente p. I-1995).

10 — Véase la sentencia de 22 de junio de 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Rec. p. 1839).

11 — Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971 (DO L 185, p. 5; EE 17/01, p. 9).

12 — Sentencia de 20 de septiembre de 1988 (31/87, Rec. p. 4635).

38. Por consiguiente, deben rechazarse las objeciones del Gobierno demandado sobre la aplicabilidad de la Directiva como criterio de verificación de una posible infracción del Tratado.

b) Relación entre los cauces legales en la Comunidad y en los Estados miembros

39. Por último, hay que examinar la alegación del Gobierno italiano de que la tutela judicial frente a posibles infracciones de las normas del Derecho comunitario sobre licitación hay que buscarla ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y que, en tal caso, el sistema de recursos del Derecho comunitario es subsidiario.

40. A este respecto, hay que señalar que no existe ninguna vía procesal en Derecho nacional que permita sancionar una infracción del Tratado. En los recursos por incumplimiento siempre se trata de la relación entre los respectivos deberes del Estado miembro y de la Comunidad. Tampoco se puede establecer una regla general según la cual la protección jurídica prevista por el Derecho comunitario desaparece en principio ante el Derecho nacional. Como máximo, en el marco de recursos de indemnización se pueden imaginar casos en los que cabe admitir una subsidiariedad. Una sentencia dictada en un procedimiento por incumplimiento, más allá de la declaración abstracta de la infracción del Tratado, también puede producir efectos sobre una acción de indemnización entablada por una persona perjudicada. [13]

13 — Tratándose del derecho a indemnización de daños y perjuicios de un particular frente a un Estado miembro por falta de adaptación de su Derecho a una Directiva, véase la sentencia de 19 de noviembre de 1991, Francovich y Bonifaci (asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357).

41. Por ello, nada se opone a que se realice un examen sobre el fondo de la cuestión de si la cláusula impugnada es contraria al Derecho comunitario. Esta cuestión se reduce a si el requisito de que hay que justificar que el 50 % de los suministros se ha efectuado a Administraciones Públicas constituye un requisito de participación ilícito.

c) Infracción de la Directiva 77/62

42. El artículo 14 de la Directiva 77/62 dispone:

«En el caso de los procedimientos restringidos el anuncio deberá incluir:

[...]

d) [...] las informaciones y formalidades necesarias para la evaluación de las condiciones mínimas de carácter económico y técnico que establezcan los poderes adjudicadores para efectuar su selección; dichas informaciones y formalidades serán las establecidas en los artículos 20, 22 y 23.»

43. Con arreglo al artículo 23 de la Directiva, cuyo objeto es la prueba de las capacidades técnicas del suministrador, éstas podrán efectuarse del modo siguiente:

«[...]

a) por la relación de las principales entregas efectuadas en los tres últimos años, su importe, sus fechas y sus destinatarios públicos o privados:

— si se trata de suministros con destino a adjudicadores públicos se probarán las entregas mediante los certificados expedidos o visados por la autoridad competente;

— si se trata de suministros a particulares, los certificados serán expedidos por el comprador; en su defecto se admitirá una simple declaración del suministrador.»

44. Esta disposición contiene una enumeración de los medios de prueba con los que se puede demostrar el volumen de pedidos de una empresa durante un período determinado y de ahí sacar las conclusiones necesarias sobre las capacidades técnicas de la misma. El artículo 14 en relación con el artículo 23 de la Directiva permite concluir que la enumeración de los medios de prueba de las capacidades técnicas es exhaustiva. Sucede algo distinto en el caso de la prueba de la capacidad financiera y económica del proveedor, que se puede deducir de los términos del artículo 22, pero ello carece de importancia en el caso de autos.

45. En la letra a) del apartado 1 del artículo 23 de la Directiva, importa ante todo el volumen de entregas. Por ello, la distinción entre adjudicadores públicos y privados parece haberse efectuado porque para su suministro se prevén en cada caso otros medios de prueba.

46. Toda cantidad mínima de entregas a los adjudicadores públicos o privados, fijada anticipadamente, constituye un criterio suplementario y, por ello, una ampliación de las justificaciones previstas por la Directiva. Esta comprobación se aplica tanto al volumen mínimo de entregas a una categoría de adjudicadores como a la prueba de la entrega de una cantidad mínima para justificar sus capacidades técnicas, aun cuando esta última, en el marco de la justificación de la capacidad financiera y económica del proveedor, prevista en la letra a) del apartado 1 del artículo 22, se pueda admitir en determinadas circunstancias, cosa que aquí no tiene importancia.

47. El fijar un determinado porcentaje del volumen de entregas efectuadas a órganos de contratación públicos, no se trata —como sostiene el Gobierno italiano— de una cuestión de apreciación de la prueba. En efecto, de entrada quedan excluidos todos los licitadores que no acrediten la cantidad mínima exigida de entregas a órganos de contratación públicos. La apreciación de las pruebas se efectúa en una etapa posterior, es decir, cuando los licitadores admitidos hayan aportado los justificantes de sus entregas y luego, en el procedimiento de selección, se haya hecho una valoración de los órganos de contratación a los que se efectuaron los suministros.

48. En definitiva, la cláusula impugnada debe ser considerada como un criterio de selección que no está previsto por la Directiva.

49. En consecuencia, propongo al Tribunal de Justicia que:

1) Desestime el recurso.

2) Condene en costas a la Comisión.