CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. SIEGBERT ALBER

presentadas el 14 de marzo de 2000 *

I. Introducción

1. En el marco del presente procedimiento por incumplimiento, la Comisión alega que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación), así como de la Directiva 71/305/CEE, en la versión modificada por la Directiva 89/440/CEE (en particular, los artículos 12, 26 y 29) y de la Directiva 93/37/CEE (en particular, los artículos 8, 11, 22 y 30), relativas a la adjudicación de contratos públicos de obras, al no haber tramitado conforme a Derecho diversos procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras relativos a la construcción y el mantenimiento de edificios escolares en la Région Nord-Pas-de-Calais y el département du Nord. En particular, la Comisión imputa a la República Francesa haber infringido las normas en materia de publicidad —sobre todo las relativas a la información previa y el número de licitadores—, objeta la utilización de un criterio ilegal para la adjudicación de los contratos y censura asimismo la inclusión de especificaciones técnicas discriminatorias en la descripción de los lotes y de medios discriminatorios de acreditación de la experiencia profesional y la capacidad técnica; asimismo, objeta la falta de información *a posteriori* sobre la adjudicación de los contratos y la falta de comunicación de las actas de adjudicación.

II. Marco jurídico

A. *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,* [1] *modificada por la Directiva 89/440/CEE del Consejo, de 18 de julio de 1989,* [2] *y Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras* [3]

2. Tras haber sido modificados en varias ocasiones algunos de sus elementos fundamentales, la Directiva 71/305 fue codificada mediante la Directiva 93/37 «en aras de una mayor racionalidad y claridad», según se afirma en su primer considerando. Si se exceptúan algunas modificaciones de redacción, las disposiciones de la Directiva 71/305 pertinentes en el presente caso son idénticas a las de la Directiva 93/37. Dado que la Directiva 93/37 sólo se aplica desde

* Lengua original: alemán.

1 — DO L 185, p. 5; EE 17/01, p. 9.
2 — DO L 210, p. 1.
3 — DO L 199, p. 54.

el 14 de junio de 1993, pero la Comisión imputa infracciones que se produjeron en algunos casos con anterioridad a dicha fecha, en el presente asunto se aplican ambas Directivas. Por lo demás, en el artículo 36 de la Directiva 93/37, mediante el que se deroga la Directiva 71/305, se dispone que las referencias a la Directiva derogada se entenderán hechas a la nueva Directiva.

En lo sucesivo, los artículos que se citen sin indicar la Directiva a que corresponden serán los de la Directiva 93/37.

a) Sobre el procedimiento de adjudicación

3. El artículo 8 —que corresponde al artículo 5 *bis* de la Directiva 71/305— tiene el siguiente tenor:

«[...]

3. Por cada contrato adjudicado los poderes adjudicadores levantarán un acta en la que constarán como mínimo:

— el nombre y la dirección del poder adjudicador, el objeto y el importe del contrato;

— los nombres de los candidatos o licitadores seleccionados y la justificación de su selección;

— los nombres de los candidatos o licitadores excluidos y los motivos de su rechazo;

— el nombre del adjudicatario y la justificación de la elección de su oferta, así como, si se conoce, la parte del contrato que el adjudicatario tenga previsto subcontratar con terceros;

— por lo que respecta al procedimiento negociado, las circunstancias mencionadas en el artículo 7 que justifican el recurso a dicho procedimiento.

Esta acta, o sus principales puntos, se comunicará a la Comisión cuando así lo solicite.»

b) Sobre la información previa y la información *a posteriori*

4. El artículo 11 —que corresponde al artículo 12 de la Directiva 71/305— tiene el siguiente tenor:

«1. Los poderes adjudicadores darán a conocer, mediante un anuncio indicativo, las características básicas de los contratos de obras que tengan proyectado adjudicar, cuyos importes sean iguales o superiores al umbral indicado en el apartado 1 del artículo 6.[4]

[...]

5. Los poderes adjudicadores que hayan adjudicado un contrato darán a conocer el resultado por medio de un anuncio. [...]

[...]

7. Los anuncios contemplados en los apartados 1 a 5 serán enviados por los poderes adjudicadores a la mayor brevedad posible y por la vía más adecuada a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. [...]

[...]

13. [...]»

c) Sobre los efectos de la información previa en el plazo de presentación de ofertas

5. El artículo 12 —que corresponde al artículo 13 de la Directiva 71/305— tiene el siguiente tenor:

«1. En los procedimientos abiertos, los poderes adjudicadores determinarán el plazo de recepción de las ofertas de forma que no sea inferior a cincuenta y dos días a contar desde la fecha de envío del anuncio.

2. El plazo de recepción de las ofertas previsto en el apartado 1 podrá reducirse a treinta y seis días si los poderes adjudicadores hubieren publicado el anuncio contemplado en el apartado 1 del artículo 11, redactado con arreglo al modelo que figura en el Anexo IV A, en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas.*

[...]

5. [...]»

4 — El umbral a que se hace referencia en el artículo 6, apartado 1, asciende a 5 millones de ecus.

6. El artículo 13 —que corresponde al artículo 14 de la Directiva 71/305— está redactado del siguiente modo:

«[...]

3. En los procedimientos restringidos, el plazo de recepción de ofertas, fijado por los poderes adjudicadores, no podrá ser inferior a cuarenta días a contar desde la fecha de envío de la invitación escrita.

4. El plazo de recepción de ofertas previsto en el apartado 3 podrá reducirse a veintiséis días si los poderes adjudicadores hubieren publicado el anuncio contemplado en el apartado 1 del artículo 11, según el modelo que figura en el Anexo IV A, en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

[...]

7. [...]»

d) Sobre el número de licitadores

7. En el artículo 22 —que corresponde al artículo 22 de la Directiva 71/305, en la versión modificada por la Directiva 89/440— se dispone lo siguiente:

«[...]

2. Cuando los poderes adjudicadores adjudiquen un contrato por el procedimiento restringido, podrán indicar los límites inferior y superior dentro de los que se sitúe el número de empresas a las que piensan invitar. En ese caso, los límites inferior y superior se indicarán en el anuncio. Dichos límites se determinarán en función de las características de la obra que deba realizarse. La cifra más baja no deberá ser inferior a cinco ni la más alta superior a veinte.

En cualquier caso, el número de candidatos admitidos a licitar deberá ser suficiente para garantizar una competencia real.

[...]

4. [...]»

e) Sobre la acreditación de la capacidad técnica

8. El artículo 27 —que corresponde al artículo 26 de la Directiva 71/305— tiene el siguiente tenor:

«1. La justificación de la capacidad técnica del contratista podrá acreditarse:

a) por los títulos de estudio y profesionales del contratista y/o de los directivos de su empresa y, en particular, del responsable o responsables de la dirección de las obras;

b) por la lista de las obras ejecutadas en los cinco últimos años, avalada por certificados de buena ejecución en las obras más importantes. Estos certificados indicarán el importe, el momento y el lugar de ejecución de las obras, y precisarán si fueron ejecutados según las reglas de la técnica y llevadas normalmente a buen término. Eventualmente, dichos certificados serán facilitados directamente al adjudicatario por la autoridad competente;

c) por una declaración mencionando el utillaje, el material y el equipo técnico del que dispondrá el contratista para la ejecución de la obra;

d) por una declaración que cite los efectivos medios anuales de la empresa y el número de sus cuadros directivos durante los tres últimos años;

e) por una declaración que mencione los técnicos o los organismos técnicos, estén o no integrados en la empresa, de los que dispondrá el contratista para la ejecución de la obra.

2. El poder adjudicador precisará en el anuncio o en la invitación a licitar aquellas referencias que desee obtener.»

f) Sobre los criterios de adjudicación

9. En el artículo 30 —que corresponde al artículo 29 de la Directiva 71/305— se establece lo siguiente:

«1. Los criterios en que se basará el poder adjudicador para la adjudicación de los contratos son:

a) o bien únicamente el precio más bajo;

b) o bien, en el caso en que la adjudicación se efectúe a la oferta más ventajosa económicamente, distintos criterios que variarán en función del contrato: por ejemplo, el precio, el plazo de ejecución, el costo de utilización, la rentabilidad, el valor técnico.

2. En el supuesto contemplado en la letra b) del apartado 1, el poder adjudicador mencionará en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, todos los criterios de adjudicación que pretenda utilizar, si fuera posible por orden decreciente de la importancia que les sea atribuida.

[...]

4. [...]»

III. Procedimiento administrativo previo y hechos

10. El objeto del presente procedimiento por incumplimiento es el resultado de dos procedimientos administrativos previos independientes entre sí.

11. En primer lugar: a principios de 1993, una denuncia de un licitador excluido llamó la atención de la Comisión sobre un procedimiento abierto de adjudicación de contratos públicos de obras. Dicho procedimiento tenía por objeto la construcción de un instituto de bachillerato polivalente en Wingles (Région Nord- Pas-de-Calais). Fue anunciado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de 21 de enero de 1993. La Comisión formuló algunas objeciones en relación con dicha licitación. Mediante escrito de requerimiento de 27 de septiembre de 1993, imputó a las autoridades francesas haber fijado un plazo demasiado breve para la presentación de ofertas y la insuficiencia de la clasificación de los lotes utilizando como referencia especificaciones técnicas empleadas únicamente a nivel nacional, destacando también que la exigencia de acreditar la capacidad técnica de las empresas igualmente mediante certificados empleados exclusivamente a nivel nacional era ilegal, al igual que la remisión a una Ley nacional en la definición de los criterios de adjudicación. Por último, la Comisión censuraba la negativa de las autoridades francesas a comunicarle el acta del procedimiento de adjudicación impugnado. A juicio de la Comisión, el escrito de contestación de las autoridades francesas de 20 de diciembre de 1993 no era satisfactorio. Por ello, el 8 de septiembre de 1995 envió a la República Francesa un dictamen motivado. Dicho dictamen quedó sin respuesta.

12. En segundo lugar: entretanto, la Région Nord-Pas-de-Calais publicó, en el Diario Oficial de 18 de febrero de 1995, catorce licitaciones en el marco del programa «Plan Institutos». El importe total de los contratos ascendía aproximadamente a 1.400 millones de FRF. Se trataba de un procedimiento restringido que tenía por objeto obras de saneamiento y rehabilitación que debían realizarse durante un período de diez años. En los anuncios se precisaban los criterios de adjudicación.

Entre ellos se incluía un «criterio adicional» que tenía por objeto favorecer la creación de empleo. Este criterio se basaba en una circular ministerial de 29 de diciembre de 1993.

13. Mediante escrito de 21 de noviembre de 1995, la Comisión requirió a las autoridades francesas para que se pronunciaran sobre una serie de objeciones a dichas licitaciones, como por ejemplo la falta de información previa, la utilización del criterio de adjudicación adicional relativo al fomento del empleo, la no admisión de un número suficiente de licitadores potenciales y la utilización de criterios de calificación que producían efectos discriminatorios.

14. La Comisión investigó la práctica en materia de adjudicación de contratos de la Région Nord-Pas-de-Calais y del département du Nord a lo largo de un período de tres años. El 8 de mayo de 1996, dirigió a las autoridades francesas un escrito de requerimiento complementario. Mediante escrito de 9 de agosto de 1996, éstas respondieron que tenían la intención de mejorar el procedimiento de adjudicación en relación con los nuevos contratos.

15. El 7 de abril de 1997, la Comisión envió un dictamen motivado en el que resumía sus imputaciones, al que las autoridades francesas no respondieron. Posteriormente, el 18 de junio de 1998 la Comisión interpuso el presente recurso, recibido en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 22 de junio de 1998.

16. La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

— Declare que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación), así como de la Directiva 71/305, en la versión modificada por la Directiva 89/440 (en particular, los artículos 12, 26 y 29), y de la Directiva 93/37 (en particular, los artículos 8, 11, 22 y 30), en los diversos procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras relativos a la construcción y el mantenimiento de edificios escolares convocados por parte de la Région Nord-Pas-de-Calais y el département du Nord, investigados durante un período de tres años.

Asimismo, en su réplica la Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

— Condene en costas a la Comisión.

17. La República Francesa solicita al Tribunal de Justicia que desestime el recurso.

18. Volveré a referirme a las alegaciones de las partes y a otros detalles referidos a los hechos en el marco del análisis de las diferentes imputaciones.

19. Lo mismo se aplica por lo que respecta a las preguntas formuladas por el Tribunal de Justicia a la Comisión sobre las consecuencias jurídicas de la falta de información previa y sobre la práctica en materia de información previa de los órganos de contratación de la Comunidad, así como por lo que respecta a las observaciones formuladas por el Gobierno francés sobre las respuestas de la Comisión.

IV. Sobre las diferentes imputaciones

20. La Comisión funda su recurso en varias imputaciones que pueden agruparse en las siguientes categorías. El orden se corresponde con el de las alegaciones formuladas en el escrito de interposición del recurso.

A. *Sobre la infracción del artículo 12 de la Directiva 71/305 y del artículo 11 de la Directiva 93/37 por la falta de información previa* (por lo que respecta al tenor de dichos artículos, véanse los puntos 4 a 6 *supra)*

Alegaciones de las partes

21. La Comisión considera que las autoridades francesas infringieron el artículo 12 de la Directiva 71/305 y el artículo 11 de la Directiva 93/37 al observar en muy pocas ocasiones el precepto de información previa. De dichos artículos se desprende que el procedimiento de información previa es un requisito obligatorio para cualquier procedimiento de adjudicación que deba llevarse a cabo de conformidad con la Directiva. Según la Comisión, las autoridades francesas no discutieron este hecho en principio.

22. Sin embargo, el 18 de febrero de 1995 la Région Nord-Pas-de-Calais anunció catorce contratos de obras sin haber procedido a publicar la información previa a efectos de dicha disposición. Además, en los años anteriores comprendidos entre 1993 y 1995, el procedimiento de información previa sólo se observó en escasas ocasiones. Por lo que respecta al département du Nord, durante el período investigado no se publicó ningún anuncio de información previa en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. Únicamente en el caso del instituto de bachillerato de

Wingles y en el de un centro de formación para aprendices se procedió a publicar la información previa.

23. El Gobierno francés no discute que el artículo 11, apartado 1, de la Directiva impone una obligación. Sin embargo, considera que la obligación de publicación de información previa debe relativizarse a la luz de los artículos 12 y 13 de la misma Directiva. En principio, en el artículo 12, apartado 1, y el artículo 13, apartado 3, de la Directiva se establece un plazo de cincuenta y dos y de cuarenta días, respectivamente, para la recepción de las ofertas. El órgano de contratación puede reducir dicho plazo, de conformidad con el artículo 12, apartado 2, y con el artículo 13, apartado 4, cuando haya publicado el anuncio contemplado en el artículo 11, apartado 1, en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. Ahora bien, si la publicación de la información previa fuera obligatoria en todos los casos, en opinión del Gobierno francés el requisito establecido para poder reducir el plazo se cumpliría en todos los procedimientos de adjudicación. De ello se desprende, a su entender, la existencia de una incompatibilidad entre el artículo 11, por un lado, y los artículos 12 y 13, por otro. Por consiguiente, hay varias interpretaciones posibles, dependiendo de si se considera el carácter obligatorio del procedimiento de información previa establecido en el artículo 11, apartado 1, o el carácter facultativo establecido en los artículos 12 y 13. Las autoridades francesas afirman haber optado por esta última alternativa de interpretación. Por lo demás, la Région Nord-Pas-de-Calais publicó de nuevo los anuncios de licitación impugnados, esta vez cumpliendo la obligación de información previa.

24. La Comisión considera que el argumento de las autoridades francesas según el cual la información previa es facultativa es incorrecto. Según afirma, carece de pertinencia el hecho de que el órgano de contratación no pretendiera hacer uso de la posibilidad de reducir los plazos de recepción de las ofertas contemplada en los artículos 12 y 13.

Apreciación

25. El hecho de que la Région Nord-Pas-de-Calais subsanara las objeciones formuladas por la Comisión en el escrito de requerimiento antes de que expirara el plazo señalado en el dictamen motivado —si bien sin informar de ello a la Comisión— podría entrañar la inadmisibilidad del recurso sobre este particular.

26. El procedimiento por incumplimiento tiene por objeto que se declare que el Estado de que se trate ha incumplido las obligaciones que le incumben y no ha cesado en su infracción en el plazo señalado en el dictamen motivado. Según reiterada jurisprudencia, la existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la situación en que se encontrara el Estado miembro al expirar el plazo señalado en el dictamen motivado. En ese momento, las autoridades francesas ya habían publicado *a posteriori* la información previa, puesto que aún era posible. De este modo, las autoridades francesas se atuvieron a las exigencias de la Comisión antes de que expirara el plazo señalado en el dictamen motivado. Con ello dejó de concurrir uno de los requisitos fundamentales para la

admisibilidad del recurso por incumplimiento.

27. No obstante, en el procedimiento seguido ante este Tribunal de Justicia el Gobierno francés siguió sosteniendo la tesis según la cual la información previa a efectos del artículo 11 de la Directiva no es obligatoria. Por consiguiente, no reconoció en el fondo la existencia del incumplimiento imputado. Así pues, sigue existiendo un interés en la declaración del incumplimiento, habida cuenta de las discrepancias en la interpretación del artículo 11, en relación con los artículos 12 y 13, de la Directiva, de modo que procede declarar la admisibilidad del recurso al respecto. A ello se añade el hecho de que las modificaciones no fueran comunicadas a la Comisión.

28. En relación con el examen sobre el fondo, las partes están de acuerdo en que el artículo 11, apartado 1, considerado de manera aislada, obliga a los órganos de contratación a publicar con carácter previo las características fundamentales de los contratos de obras. Sin embargo, cabe plantearse si esta interpretación debe relativizarse a la luz de los artículos 12, apartado 2, y 13, apartado 4. La formulación «[...] si los poderes adjudicadores hubieran publicado el anuncio» que figura en el artículo 12, apartado 2, y en el artículo 13, apartado 4, podría apuntar en este sentido. Sin embargo, en contra de esta interpretación está, en primer lugar, el hecho de que el artículo 11, por un lado, y los artículos 12 y 13, por otro, regulan dos cuestiones fundamentalmente diferentes: el artículo 11 obliga al órgano de contratación a publicar las licitaciones de obras, mientras que los artículos 12 y 13 regulan los plazos para la recepción de las ofertas. Sería contrario al sistema de la Directiva suponer que el artículo 12, apartado 2, y el artículo 13, apartado 4, pretenden regular además la publicación de la información previa, pese a que ésta ya había sido regulada anteriormente de manera inequívoca.

29. En favor de la existencia de una obligación general de publicación de la información previa cabe aducir asimismo el sentido y la finalidad de la Directiva. La Directiva pretende crear una competencia real en el sector de los contratos públicos de obras. Esto exige que un número ilimitado de licitadores de todos los Estados miembros tengan la posibilidad de informarse con suficiente antelación y amplitud sobre los anuncios de licitación previstos. Ahora bien, esta necesaria difusión no se consigue si el órgano de contratación puede decidir de qué forma va a efectuarse la publicación, aunque sólo sea en relación con la información previa.

30. El argumento del Gobierno francés según el cual dicha interpretación tiene como consecuencia una reducción sistemática de los plazos de recepción de las ofertas de cincuenta y dos a treinta y seis o de treinta y siete a veintiséis días no puede prosperar. Aunque exista una obligación fundamental de publicar información previa, no por ello quedan sin objeto las disposiciones del artículo 12, apartados 1 y 2, y del artículo 13, apartados 1 y 4. La reducción de los plazos sólo puede producirse cuando se haya procedido a publicar la información previa conforme a lo establecido. A este respecto, la posibilidad de reducir los plazos supone únicamente una disposición facultativa, que el órgano de

contratación no tiene por qué utilizar. El establecimiento de plazos diferentes constituye una excepción a la regla, de modo que la excepción, que adopta la forma de una reducción de los plazos, está supeditada a un requisito consistente en haber publicado la información previa conforme a lo establecido.

31. Es cierto que de la formulación según la cual los plazos sólo pueden reducirse si se ha publicado antes la información previa cabe deducir que, pese a la obligación general de información previa, pueden existir casos en los que dicha información no se produzca. A este respecto, la Comisión señaló también en la vista que no siempre es posible, por razones objetivas, publicarla. Así, puede haber razones presupuestarias que expliquen que no se pueda ofrecer información previa con la suficiente antelación, puesto que la adjudicación de contratos públicos depende de los recursos existentes en cada momento, cuya disponibilidad puede variar a lo largo del tiempo.

32. En la vista, la Comisión señaló que este problema se tuvo en cuenta al modificar el artículo 12 de la Directiva 71/305. En aquel momento, se propuso incorporar al texto legal una limitación que estableciera «excepto cuando ello no sea posible». Sin embargo, ni dicha fórmula ni otras fórmulas similares llegaron a ser incorporadas al texto de la Directiva.

33. Así pues, la información previa es, por regla general, obligatoria. Cuando dicha información previa no tenga lugar, el órgano de contratación debe poder explicar los motivos por los cuales se abstuvo de publicarla. En ese caso, la observancia de plazos más prolongados para la recepción de las ofertas es una consecuencia ineludible del incumplimiento de la obligación de información previa. Sin embargo, no se trata de un automatismo que opere en el sentido de que cuando se establezcan plazos más prolongados para la recepción de ofertas, que es lo que constituye la regla, pueda renunciarse a publicar la información previa prevista en el artículo 11 de la Directiva, sino que, por el contrario, la reducción extraordinaria de los plazos tan sólo es posible en el caso de que se haya procedido a publicar la información previa.

34. En consecuencia, procede declarar la admisibilidad y el carácter fundado del primer motivo del recurso.

B. *Sobre la infracción del artículo 30 de la Directiva 93/97 —que corresponde al artículo 29 de la Directiva 71/305— por la utilización de un criterio de adjudicación ilegal* (por lo que respecta al tenor de dicho artículo, véase el punto 9 *supra)*

35. Según se pone de manifiesto en los anexos incorporados a los autos, los órganos de contratación franceses incluyeron expresamente en varias licitaciones, entre los criterios mencionados en el apartado «Criterios de adjudicación», el elemento del empleo como «criterio adicional», junto con el precio, el plazo de ejecución, etc.

Alegaciones de las partes

36. La Comisión considera que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 30 al haber adoptado como criterio de adjudicación el elemento del fomento del empleo. En opinión de la Comisión, dicho elemento tan sólo podía considerarse como un criterio de ejecución. A este respecto, la Comisión se basa en la jurisprudencia de este Tribunal en la sentencia Beentjes. [5]

37. La Comisión señala que, en el presente caso, el criterio adicional relativo al fomento del empleo se funda en una circular ministerial de 29 de diciembre de 1993. Según dicha circular, es posible adoptar medidas locales contra el desempleo y para el fomento del empleo en el marco de la adjudicación de contratos públicos.

38. Ahora bien, el artículo 30 de la Directiva 93/37 tan sólo contempla dos posibles criterios de adjudicación, por un lado, el criterio del precio más bajo y, por otro, el de la oferta económicamente más ventajosa. En consecuencia, la Comisión sostiene que las autoridades francesas infringieron el artículo 30 al tener expresamente en cuenta el criterio del empleo en la decisión de adjudicación.

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

39. En cambio, el Gobierno francés sostiene la tesis según la cual la sentencia Beentjes permite precisamente establecer un criterio de adjudicación adicional. A este respecto, cita literalmente los apartados 28 y 37, tercer guión, de la sentencia, cuyo tenor es el siguiente:

«Por lo que respecta a la exclusión de un licitador por no estar, a juicio del órgano de contratación, en condiciones de emplear a trabajadores en paro prolongado, debe señalarse que tal requisito no guarda relación ni con la verificación de la aptitud de los contratistas [...] ni con los criterios de adjudicación del contrato a que alude el artículo 29 de la Directiva.»

«La condición de emplear trabajadores en paro prolongado es compatible con la Directiva si no incide de forma discriminatoria directa o indirectamente por lo que respecta a los licitadores de otros Estados miembros de la Comunidad. Esta condición específica adicional debe obligatoriamente ser mencionada en el anuncio del contrato.»

40. Sin embargo, el Gobierno francés plantea la cuestión de por qué, si con arreglo a la sentencia Beentjes el criterio del empleo debe citarse expresamente en los anuncios

de licitación, ello no tiene ningún reflejo en los modelos de anuncio de contratos públicos de obras que figuran en el anexo IV de la Directiva 93/37. En ellos no aparece ningún apartado reservado para indicaciones de este tipo. [6]

41. Según el Gobierno francés, aun cuando el criterio del empleo debiera constituir un criterio de ejecución, ello no se basaría en la Directiva 93/37, sino en el Derecho nacional. En tal caso, el artículo 30 de la Directiva carece de pertinencia y la imputación de la Comisión es incorrecta. Por último, el Gobierno francés señala que remitió a los órganos de contratación a la circular de 29 de diciembre de 1993. Dicha circular afirma de forma clara e inequívoca que el criterio adicional relativo al empleo no puede considerarse en la misma medida que los criterios expresamente mencionados en el artículo 30 de la Directiva. Por el contrario, se trata de un criterio de adjudicación subsidiario.

42. Sin embargo, en el caso de que el Tribunal de Justicia acoja la tesis de la Comisión, el Gobierno francés considera que su comportamiento fue asimismo conforme con la Directiva.

Apreciación

43. En la sentencia Beentjes, este Tribunal de Justicia declaró que un criterio de empleo (en aquel caso se trataba de la condición de contratar a parados de larga duración) no guarda relación con los criterios de adjudicación del contrato mencionados en el artículo 29 de la Directiva 71/305. [7]

44. En consecuencia, procede dilucidar si los criterios de fomento del empleo están excluidos no sólo como criterios de adjudicación a efectos del artículo 30, apartado 1, letra b), de la Directiva 93/37, sino también como criterios subsidiarios.

45. En opinión del Gobierno francés, el elemento del empleo puede considerarse como criterio subsidiario cuando concurran varias ofertas equivalentes. Ahora bien, ello tendría como consecuencia que, en última instancia, en tales casos el criterio del empleo se erigiría en el único criterio de adjudicación determinante, que es precisamente lo que se excluye a la luz de la sentencia Beentjes. El criterio del empleo no contribuye directamente a determinar la oferta económicamente más ventajosa. De otro modo, podría tener, en su caso, una trascendencia aun mayor que los criterios mencionados en el artículo 30, apartado 1, letra b), de la Directiva, ya que en ese caso el elemento del empleo sería el único determinante.

6 — En el anexo IV se enumeran, dependiendo del tipo de licitación, entre siete y dieciocho apartados que deben incluirse en el anuncio.

7 — Véase el apartado 28 de la sentencia Beentjes, citada en la nota 5 *supra*.

46. En la medida en que las autoridades francesas definieron el criterio del empleo como un criterio de adjudicación adicional, incurrieron en una infracción del artículo 30 de la Directiva. Por consiguiente, carece asimismo de pertinencia si el criterio del empleo fue regulado a escala nacional mediante la circular ministerial de 29 de diciembre de 1993, ya que a este respecto prevalece el artículo 30 de la Directiva.

47. No debe ignorarse que el elemento del empleo ha adquirido entretanto una relevancia sociopolítica muy distinta de la que tenía en el momento de adoptarse la Directiva, que desde una perspectiva actual responde a planteamientos más orientados a la economía de la empresa que a las consideraciones macroeconómicas. Sin embargo, modificar estos planteamientos es algo que correspondería hacer al legislador.

48. No constituiría una infracción de la Directiva el hecho de que la exigencia de fomentar el empleo estuviera formulada —como se señaló en la sentencia Beentjes— como condición y, en esa medida, revistiera el carácter de un criterio de ejecución, como señaló la Comisión.

49. Ahora bien, en la medida en que las autoridades francesas aplicaron el criterio del empleo como un criterio de adjudicación específico, existe una infracción del artículo 30 de la Directiva.

C. *Sobre la infracción del artículo 22 de la Directiva 93/37 por la limitación del número de licitadores admitidos* (por lo que respecta al tenor de dicho artículo, véase el punto 7 *supra)*

50. Cuando un órgano de contratación adjudica un contrato mediante procedimiento restringido, de conformidad con el artículo 22, apartado 2, de la Directiva, puede fijar los límites mínimo y máximo del número de empresas invitadas a presentar ofertas. El número mínimo no puede ser inferior a cinco, tal como se establece expresamente en el artículo 22, apartado 2, cuarta frase.

51. Los órganos de contratación franceses establecieron, en el punto 13 del anuncio publicado en el Diario Oficial de 18 de febrero de 1995, lo siguiente: «Número máximo de licitadores que pueden ser admitidos para la presentación de una oferta: 5».

Alegaciones de las partes

52. La Comisión considera que dicha indicación supone que el número de licitadores puede ser también inferior a cinco. En ese caso, ello constituiría una infracción del artículo 22, apartado 2, cuarta frase, de la Directiva.

53. El Gobierno francés no comparte esta tesis. Según afirma, al limitar el número de licitadores a cinco se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 22, apartado 2, cuarta frase, de la Directiva. El artículo 22 no contiene ningún elemento que indique que el número de licitadores no pueda limitarse a cinco. Según el Gobierno francés, ello garantiza una competencia efectiva. La Comisión no ha podido aportar prueba en contrario.

Apreciación

54. La indicación elegida por el órgano de contratación francés plantea dos tipos de problemas. Por un lado, en el artículo 22, apartado 2, se habla de «los límites inferior y superior». Ahora bien, a juzgar por las indicaciones impugnadas que figuran en el anuncio, no se aprecia la existencia de un límite inferior y un límite superior. A lo sumo, cabría considerar que existen dichos límites si el número cinco implicara que existe un límite mínimo de uno y un límite máximo de cinco, algo que sería en todo caso incompatible con el artículo 22, apartado 2.

55. Si se considera la especificación de que deben admitirse cinco licitadores como un precepto de carácter absoluto, en el sentido de que debe invitarse al menos a cinco licitadores para que presenten ofertas, dicha indicación podría ser compatible con las exigencias de la Directiva. No obstante, el Gobierno francés interpretó la especificación controvertida en el sentido de que se invitaría a un número «máximo» de cinco licitadores. Sostiene que también en estas condiciones se garantiza una competencia efectiva. Sin embargo, dicha lectura es incompatible con las exigencias de la Directiva, que impone expresamente un número mínimo de cinco licitadores. Así pues, es la formulación objetiva de la indicación que aparece en los anuncios, en relación con esta interpretación que se le atribuye, la que se configura como incompatible con el artículo 22, apartado 2, de la Directiva.

D. *Sobre la infracción del artículo 29, apartado 2, de la Directiva 71/305 y del artículo 30, apartado 2, de la Directiva 93/37 por la definición de los criterios de adjudicación mediante la remisión a una ley nacional* (por lo que respecta al tenor de dichos artículos, véase el punto 9 *supra)*

Alegaciones de las partes

56. En su recurso, la Comisión alega asimismo la existencia de una infracción del artículo 29, apartado 2, de la Directiva 71/305, así como del artículo 30, apartado 2, de la Directiva 93/37. A su juicio, existe una infracción de dichas disposiciones, ya que los órganos de contratación incluyeron en la mayoría de las licitaciones, entre los criterios de adjudicación, el método de «adjudicación por remisión al code des marchés publics».

57. En apoyo de su tesis, la Comisión invoca la jurisprudencia de este Tribunal. Según afirma, en el apartado 35 de la sentencia Beentjes el Tribunal de Justicia señaló que el artículo 29, apartados 1 y 2, de la Directiva exigía que los criterios fueran mencionados bien en el anuncio de licitación o bien en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Según el Tribunal de Justicia, una remisión global a una disposición de la legislación nacional no basta para cumplir la exigencia de publicidad.

58. En cambio, el Gobierno francés alega, con carácter preliminar, que la imputación de la Comisión es extemporánea y, por ende, que procede declarar su inadmisibilidad. Según el Gobierno francés, la Comisión formuló por vez primera esta imputación en el dictamen motivado. Con arreglo a la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia,[8] las imputaciones formuladas en el dictamen motivado que excedan de las formuladas en el escrito de requerimiento adolecen de una irregularidad insubsanable.

59. No obstante, en el caso de que el Tribunal de Justicia declare la admisibilidad de la imputación, el Gobierno francés señala que el artículo 30, apartado 2, de la Directiva no obliga a indicar los criterios de adjudicación en el anuncio de licitación, sino que da a los órganos de contratación la posibilidad de efectuar dicha publicación bien en el anuncio de licitación o bien en el pliego de cláusulas administrativas particulares. El Gobierno francés considera que la imputación de la Comisión es incorrecta, ya que los criterios estaban incluidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares y las disposiciones nacionales que figuran en el code des marchés publics tienen un contenido fundamentalmente idéntico al de la Directiva 93/37.

60. Por lo que respecta a la admisibilidad de la imputación de que se trata, la Comisión alega que en el escrito de requerimiento de 8 de mayo de 1996 se destacó de forma suficientemente precisa este problema. En él, la Comisión recordó que, de conformidad con el décimo considerando de la Directiva 93/37, los anuncios deben permitir a las empresas apreciar si les interesan los contratos propuestos. En consecuencia, es conveniente proporcionarles una información suficiente sobre las prestaciones que deban realizarse y las condiciones a las que están sujetas. Además, la Comisión afirma que ya en el escrito de requerimiento se remitió a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, en particular, a la sentencia Beentjes.

61. Por consiguiente, la Comisión considera que su forma de proceder fue conforme con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tal como se desprende de la sentencia de 28 de marzo de 1985 en el asunto 274/83.[9] Además, la Comisión

8 — Sentencia de 11 de julio de 1984, Comisión/Italia (51/83, Rec. p. 2793).

9 — Comisión/Italia, Rec. p. 1077.

alega que las autoridades francesas no le permitieron en ningún momento acceder al pliego de cláusulas administrativas particulares en el que el Gobierno francés basó su argumentación.

Apreciación

62. En primer lugar, procede examinar si la Comisión actuó legalmente al invocar la imputación de que se trata en el marco del presente procedimiento por incumplimiento. Es cierto que, en su sentencia de 11 de julio de 1984 en el asunto 51/83, el Tribunal de Justicia declaró que las imputaciones formuladas en el dictamen motivado que excedan de las formuladas en el escrito de requerimiento adolecen de una irregularidad insubsanable. [10] Así pues, procedería declarar la inadmisibilidad del recurso en la medida en que fuera más allá de las imputaciones formuladas en el escrito de requerimiento. Posteriormente, en su sentencia en el asunto 274/83, el Tribunal de Justicia precisó su jurisprudencia en el sentido de que la Comisión puede exponer de manera más detallada en el dictamen motivado las imputaciones que ya formuló de una manera general en el escrito de requerimiento. [11]

63. En el presente caso, en el escrito de requerimiento la Comisión censuró inicialmente de manera general los anuncios de licitación de que se trata. A este respecto, se pronunció también sobre los criterios de adjudicación. Señaló que los anuncios deben permitir a las empresas apreciar si les interesan los contratos propuestos. Esto presupone que se les proporciona una información suficiente. Además, la Comisión se remitió a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, en particular, a la sentencia Beentjes, en la que el Tribunal de Justicia se pronunció expresamente sobre los criterios de adjudicación. El hecho de que posteriormente, en el dictamen motivado, la Comisión censurara el contenido de los criterios de adjudicación publicados en el anuncio constituye una precisión lícita de las imputaciones ya formuladas en el escrito de requerimiento. Dado que la Comisión no formuló ninguna imputación fundamentalmente nueva, la censura de la remisión ilegal a una ley nacional no constituye una ampliación ilegal de las imputaciones formuladas. Por el contrario, la Comisión delimitó con mayor precisión su imputación. Con ello, permitió a las autoridades francesas subsanar dicha irregularidad en el procedimiento de adjudicación. De este modo, la Comisión tuvo suficientemente en cuenta el sentido y la finalidad del procedimiento administrativo previo al procedimiento por incumplimiento. Ya en el escrito de requerimiento se describió el objeto del litigio de un modo que permitía a las autoridades francesas tomar medidas.

64. En consecuencia, debe considerarse que procede declarar la admisibilidad de la imputación formulada por la Comisión.

65. En el propio artículo 30, apartado 2, de la Directiva 93/37 se afirma que «el

10 — Véase la sentencia Comisión/Italia, citada en la nota 8 *supra*, apartados 6 y 7.

11 — Véase la sentencia Comisión/Italia, citada en la nota 9 *supra*, apartado 21.

poder adjudicador mencionará en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación *todos* los criterios de adjudicación». [12] Además, en la sentencia Beentjes el Tribunal de Justicia declaró expresamente, en relación con los criterios de adjudicación, que una remisión global a una disposición de la legislación nacional no basta para cumplir con la exigencia de publicidad. [13] En consecuencia, se excluye que algunos de los criterios de adjudicación estén regulados mediante una ley nacional a la que se remite en el anuncio de licitación.

66. La objeción del Gobierno francés según la cual las normas nacionales contenidas en el code des marchés publics son muchas veces materialmente idénticas a las normas de la Directiva 93/37 no puede acogerse. La remisión global a una ley viola el principio de publicidad y no puede subsanarse por el hecho de que la ley nacional presente coincidencias con la Directiva, ya que el licitador potencial no puede determinar la existencia de una eventual coincidencia material a partir del anuncio de la licitación.

67. Por consiguiente, procede declarar la admisibilidad y el carácter fundado del motivo del recurso basado en la remisión ilegal a una ley nacional en la definición de los criterios de adjudicación.

12 — El subrayado es mío.

13 — Véase la sentencia Beentjes, citada en la nota 5 *supra*, apartado 35.

E. *Sobre la infracción del artículo 59 del Tratado por las especificaciones técnicas discriminatorias utilizadas en la descripción de los lotes y la acreditación de la capacidad técnica exigida a las empresas*

Alegaciones de las partes

68. Mediante su recurso, la Comisión imputa al Gobierno francés una infracción de la libre circulación de servicios con arreglo al artículo 59 del Tratado. Según la Comisión, los órganos de contratación utilizan en las descripciones de los lotes, por lo que respecta a las exigencias que deben cumplir los licitadores, las especificaciones técnicas empleadas por las asociaciones profesionales francesas. Así, en los anuncios de licitación aparecen exigencias como por ejemplo «Mandataire EFF6 CA 11 [...]». La Comisión considera que las especificaciones técnicas utilizadas por los órganos de contratación pueden dar lugar a que se favorezca a las empresas nacionales. Éstas conocen dicho sistema de certificación de la calidad y están acostumbradas a ofrecer productos o servicios conformes con las referencias exigidas en el anuncio de licitación. En cambio, las empresas establecidas en otros Estados miembros podrían verse disuadidas de presentar ofertas. Según la Comisión, estas últimas empresas no tienen la posibilidad de apreciar de antemano si su cualificación se corresponde con las especificaciones técnicas de los contratos, en la medida en que no existe indicación alguna sobre la equivalencia de cualificación. El hecho de que esta cualificación técnica con arreglo a las referencias nacionales sea tan solo

deseable para las autoridades francesas no puede modificar en modo alguno esta apreciación.

Apreciación

69. En cambio, el Gobierno francés considera que las especificaciones técnicas de las asociaciones profesionales francesas utilizadas por los órganos de contratación tienen únicamente carácter indicativo y no producen efectos discriminatorios. Según afirma, no se trata de precisar en el anuncio los criterios de selección o de adjudicación, pues esto es algo que se hace en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Por el contrario, sólo se trata de proporcionar indicaciones sobre la naturaleza de los lotes.

70. Por lo demás, el Gobierno francés señala que los nuevos anuncios de licitación de contratos de obras públicas publicados en enero de 1996 y enero de 1997 ya no contienen ninguna referencia a las especificaciones técnicas de las asociaciones profesionales francesas.

71. Por lo que respecta a esta última objeción, la Comisión señala que, en la fecha en que expiró el plazo señalado en el dictamen motivado, nada indicaba que la imputación ya no fuera pertinente.

72. En primer lugar, procede examinar la admisibilidad de este motivo del recurso. En la medida en que las autoridades francesas ya no volvieron a utilizar las especificaciones impugnadas en los anuncios publicados con posterioridad a la expiración del plazo señalado en el dictamen motivado, es decir, que puede considerarse que efectivamente la infracción ha cesado, podría desaparecer el interés en la declaración del incumplimiento.

73. No obstante, el Gobierno francés ha seguido alegando, en el procedimiento seguido ante este Tribunal de Justicia, que las especificaciones impugnadas no podían producir efectos discriminatorios.

74. Así pues, sigue existiendo la necesidad de proceder a una clarificación jurídica.

75. Ahora bien, la inadmisibilidad del motivo de que se trata podría declararse también desde otro punto de vista. La Comisión basa su motivo exclusivamente en el artículo 59 del Tratado, mientras que el artículo 26 de la Directiva 71/305 contiene una regulación expresa de la acreditación de la capacidad técnica de las empresas. Así pues, se plantea la cuestión de hasta qué punto la regulación de esta

materia mediante la Directiva puede retrotraerse a las disposiciones de Derecho primario del Tratado.

76. El artículo 26 de la Directiva 71/305 contiene una enumeración de los documentos mediante los que puede acreditarse la capacidad técnica de las empresas. Se trata de una serie de documentos respecto a los que se considera que pueden demostrar la capacidad de la empresa. El órgano de contratación está facultado para elegir cuáles de dichos documentos deben presentarse. Por utilizar las palabras de la Directiva:

«Los poderes adjudicadores precisarán en el anuncio o la invitación aquellas referencias que deseen obtener.»

En todo caso, las modalidades de calificación de determinadas capacidades técnicas están indirectamente reguladas por el artículo 26 de la Directiva 71/305, que por lo demás debe interpretarse, como cualquier otra disposición de la Directiva, a la luz del Tratado. En consecuencia, en el caso de especificaciones técnicas que produzcan efectos discriminatorios no cabe duda de que hay margen para la aplicabilidad del artículo 59 del Tratado.

77. Sobre el fondo, procede considerar que las especificaciones técnicas utilizadas son tan específicas y abstractas que, en principio, sólo las empresas nacionales interesadas pueden entender de inmediato su significado. Por consiguiente, las empresas nacionales tienen mayores facilidades para ofrecer productos o servicios que se correspondan con las especificaciones codificadas que figuran en el anuncio de licitación. En cambio, los candidatos de otros Estados miembros tienen muchas más dificultades para presentar ofertas dentro del breve plazo establecido, ya que deben informarse antes sobre las exigencias y cualificación ante los órganos de contratación. En algunos casos, esto puede suponer un volumen mayor de trabajo y de gastos considerablemente mayor que el de sus competidores nacionales. Las autoridades francesas no describieron las exigencias fundamentales de un modo más claro y comprensible con carácter general o remitiéndose a las normas comunitarias. Por consiguiente, la descripción de los lotes impugnada constituye una discriminación encubierta.

78. A este respecto, carece de pertinencia la objeción del Gobierno francés según la cual las especificaciones técnicas utilizadas tenían un carácter meramente indicativo, puesto que, en la práctica, tan sólo los licitadores franceses podían entender las descripciones sin ayuda de terceros. Por tanto, para los licitadores de otros Estados miembros no se trata de una indicación, sino de una descripción disuasoria de los requisitos de capacidad exigidos. El objetivo de los órganos de contratación de limitarse a proporcionar indicaciones puede alcanzarse también de un modo no discriminatorio.

79. Procede declarar que la imputación de la Comisión según la cual el Gobierno francés infringió el artículo 59 del Tratado es materialmente fundada.

F. *Sobre la infracción del artículo 59 del Tratado por la exigencia de inscripción en un colegio de arquitectos francés contenida en las «condiciones mínimas de participación»*

80. La Comisión alega que el département du Nord incumplió también las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 59 del Tratado al establecer, en un cierto número de licitaciones, limitaciones a la libre circulación de servicios de los arquitectos de la Comunidad, por ejemplo al exigir la acreditación de la inscripción en un colegio de arquitectos francés.

81. El Gobierno francés no discute la imputación de la Comisión. Se limita a señalar la inexperiencia del órgano de contratación en la aplicación del Derecho comunitario en materia de adjudicación de contratos públicos.

82. Esta imputación no necesita ser examinada sobre el fondo, al haber sido expresamente admitida por el Gobierno francés. Las autoridades francesas infringieron el artículo 59 del Tratado al limitar de manera ilegal la circulación de servicios para los arquitectos de otros Estados miembros. Esta infracción del Derecho comunitario no puede justificarse por la inexperiencia de los órganos de contratación. También por lo que respecta a este motivo procede estimar el recurso de la Comisión.

G. *Otras imputaciones relativas a la falta de comunicación a la Comisión de las actas de adjudicación a efectos del artículo 8, apartado 3, de la Directiva 93/37 y a la falta de información* a posteriori *sobre la adjudicación de los contratos a efectos del artículo 11, apartado 5, de la Directiva 93/37* (por lo que respecta al tenor de dichos artículos, véanse los puntos 3 y 4 *supra)*

83. Las demás imputaciones de la Comisión, relativas a la omisión de la información *a posteriori* exigida una vez efectuada la adjudicación del contrato, no son discutidas sobre el fondo por el Gobierno francés, que las explica asimismo por la inexperiencia de los órganos de contratación. En la medida en que dichas imputaciones han sido expresamente admitidas, puede declararse sin necesidad de un examen sobre el fondo la existencia del incumplimiento del Tratado.

V. Costas

84. A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber sido desestimados los motivos formulados por la parte demandada, procede condenarla en costas.

VI. Conclusión

85. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que:

1) Declare que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación), así como 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, en la versión modificada por la Directiva 89/440/CEE del Consejo, de 18 de julio de 1989 (en particular, los artículos 12, 26 y 29), y de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los cotratos públicos de obras (en particular, los artículos 8, 11, 22 y 30), en los diversos procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras relativos a la construcción y el mantenimiento de edificios escolares convocados por la Région Nord-Pas-de-Calais y el département du Nord, investigados durante un período de tres años.

2) Condene en costas a la República Francesa.