

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
de 22 de junio de 1993 *

En el asunto C-243/89,

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por los Sres. Hans Peter Hartvig y Richard Wainwright, Consejeros Jurídicos, en calidad de Agentes, que designa como domicilio en Luxemburgo el despacho del Sr. Nicola Annecchino, miembro de su Servicio Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

parte demandante,

contra

Reino de Dinamarca, representado por el Sr. Jørgen Molde, Consejero Jurídico del Udenrigsministeriet, en calidad de Agente, asistido por el Sr. Gregers Larsen, Abogado, que designa como domicilio en Luxemburgo la sede de la Embajada de Dinamarca, 4, boulevard Royal,

parte demandada,

que tiene por objeto que se declare que el Reino de Dinamarca ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario y que, en particular, ha infringido los artículos 30, 48 y 59 del Tratado CEE, así como la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 185, p. 5; EE 17/01, p. 9), debido a que la sociedad Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen convocó una licitación que incluía, como requisito, la utilización, en todo lo posible, de materiales, bienes de consumo, mano de obra y bienes de equipo daneses, y las negociaciones con el grupo de empresas seleccionado tuvieron lugar según una proposición que no se ajustaba al pliego de cláusulas administrativas particulares,

* Lengua de procedimiento: danés.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

integrado por los Sres.: O. Due, Presidente; C.N. Kakouris, G.C. Rodríguez Iglesias, M. Zuleeg y J.L. Murray, Presidentes de Sala; G.F. Mancini, R. Joliet, F.A. Schockweiler, J.C. Moitinho de Almeida, F. Grévisse y P.J.G. Kapteyn, Jueces;

Abogado General: Sr. G. Tesauero;

Secretario: Sr. H. von Holstein, Secretario adjunto;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídos los informes de las partes en la vista celebrada el 29 de septiembre de 1992, en la que el Reino de Dinamarca estuvo representado por el Sr. Jørgen Molde, en calidad de Agente, asistido por los Sres. Gregers Larsen y Sune F. Svendsen, Abogados;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 17 de noviembre de 1992;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 2 de agosto de 1989, la Comisión de las Comunidades Europeas interpuso un recurso, con arreglo al artículo 169 del Tratado CEE, con el fin de que se declare que el Reino de Dinamarca ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario y, en particular, ha infringido los artículos 30, 48 y 59 del Tratado CEE así como la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 185, p. 5; EE 17/01, p. 9; en lo sucesivo, «Directiva») debido a que

— por una parte, la sociedad Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen convocó una licitación que incluía, como requisito, la utilización, en todo lo posible, de materiales, bienes de consumo, mano de obra y bienes de equipo daneses,

— y, por otra parte, las negociaciones con el grupo de empresas seleccionado tuvieron lugar según una proposición que no se ajustaba al pliego de cláusulas administrativas particulares.

2 La Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen (en lo sucesivo, «Storebælt») es una sociedad totalmente controlada por el Estado danés. Dicha sociedad está encargada de la elaboración del proyecto y, como promotor de la obra, de la construcción de un enlace por carretera y por ferrocarril sobre el Gran Belt. Una parte de dicho proyecto consiste en la construcción de un puente sobre el canal Oeste del Gran Belt. El importe del contrato relativo a la obra del puente oeste se estima en 3.000 millones de DKR.

3 El 9 de octubre de 1987, Storebælt publicó en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, serie S (S 196/16), un anuncio de licitación restringida relativo a la construcción del puente sobre el canal oeste. El 28 de abril de 1988 invitó a cinco grupos de empresas a licitar.

4 Las condiciones comunes que forman parte del pliego de cláusulas administrativas particulares (en lo sucesivo, «condiciones comunes») incluyen en el apartado 2 del artículo 6 la siguiente disposición (en lo sucesivo, «cláusula relativa al contenido danés»):

«El contratista estará obligado a utilizar, en todo lo posible, materiales y bienes de consumo daneses, mano de obra y bienes de equipo daneses.»

5 El apartado 3 del artículo 3 de las condiciones comunes precisa los requisitos a los que se sujetan las proposiciones alternativas que tengan por objeto un proyecto alternativo a los tres diferentes proyectos de puente que la misma Storebælt había elaborado y que constituyen la base para la valoración de dichas proposiciones. Dicha disposición prevé, en efecto, que el precio ofertado en dicha proposición comprenderá la elaboración por el licitador de un proyecto detallado que presen-

tará al promotor de la obra para su aceptación y que el licitador asumirá en su totalidad la responsabilidad por la elaboración del proyecto y su ejecución. El mismo artículo precisa que el licitador asumirá el riesgo de variación de las cantidades en las que se basa la proposición alternativa. Finalmente, según la misma disposición,

«cuando presente una proposición que tenga por objeto un proyecto alternativo del que asuma la responsabilidad, el licitador deberá indicar un precio que contemple una reducción en el supuesto de que el promotor de la obra optara por llevar a cabo él mismo la concepción detallada del proyecto».

- 6 Fueron invitados a licitar cinco grupos de empresas internacionales, que agrupaban en total a veintiocho empresas. Uno de dichos cinco grupos era el European Storebælt Group (en lo sucesivo, «ESG»), grupo integrado por la empresa neerlandesa Ballast Nedam, la empresa suiza Losinger Ltd, la empresa británica Taylor Woodrow Construction Ltd y tres empresas danesas de obras públicas. ESG presentó a Storebælt una proposición alternativa que tenía por objeto un proyecto de construcción de un puente de hormigón.
- 7 Storebælt entabló entonces conversaciones con los diferentes licitadores con el fin de comparar y valorar sus respectivas proposiciones, así como de cuantificar los costes de las numerosas reservas que incluían dichas proposiciones. Tras una notable reducción del círculo de proposiciones, Storebælt continuó negociando con ESG sobre la proposición alternativa que ésta última había presentado. Estas negociaciones llevaron a la firma, el 26 de junio de 1989, de un contrato entre ESG y Storebælt.
- 8 Para una más amplia exposición de los hechos, del desarrollo del procedimiento así como de los motivos y alegaciones de las partes, el Tribunal se remite al informe para la vista. En lo sucesivo sólo se hará referencia a estos elementos en la medida exigida por el razonamiento del Tribunal.

Sobre la admisibilidad del recurso

- 9 Habiéndose reservado la facultad de completar o de desarrollar en lo preciso los motivos alegados en apoyo de las dos imputaciones contenidas en las pretensiones de su demanda, en el escrito de réplica la Comisión desarrolló sus alegaciones conforme las informaciones proporcionadas por el Gobierno danés en el marco de su escrito de contestación a la demanda. Además, la Comisión modificó las pretensiones de su demanda en dos aspectos.
- 10 En primer lugar, la Comisión solicita al Tribunal de Justicia, en lo que atañe a la segunda imputación, antes señalada (apartado 1), que declare el incumplimiento debido a que Storebælt «según una proposición que no se ajustaba al pliego de cláusulas administrativas particulares, mantuvo con ESG negociaciones cuyo resultado fue que el contrato final contiene modificaciones de los requisitos del anuncio de licitación en favor únicamente de este licitador, relativos, en particular, a elementos con incidencia en los precios».
- 11 En segundo lugar, en lo que atañe a las normas jurídicas infringidas por el Reino de Dinamarca, la Comisión mantiene que se trata de la Directiva 71/305, antes citada, «incluido el principio de igualdad de trato en que se basa dicha Directiva».
- 12 El Gobierno danés solicita al Tribunal de Justicia que declare la inadmisibilidad del recurso puesto que la Comisión ha ampliado su objeto respecto al objeto de la fase administrativa previa.
- 13 Antes de examinar esta pretensión, debe recordarse la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véase la sentencia de 28 de abril de 1993, Comisión/Italia, C-306/91, Rec. p. 2133, apartado 22), según la cual, en el marco de un recurso por incumplimiento, la fase administrativa previa delimita el objeto del litigio, y éste ya no puede, en lo sucesivo, ser ampliado. En efecto, la posibilidad de que el Estado afectado presente sus observaciones constituye una garantía esencial querida por el Tratado y una forma sustancial para la validez del procedimiento dirigido a declarar el incumplimiento de un Estado miembro.

- 14 En primer lugar, el Gobierno danés considera que la Comisión no puede ampliar en su demanda ni, en particular, en su réplica, el objeto del litigio a elementos de hecho y de Derecho distintos de los que fueron mencionados en el escrito de requerimiento y en el dictamen motivado.
- 15 Al respecto, debe señalarse que únicamente fueron objeto de la fase administrativa previa los términos del apartado 2 del artículo 6 de las condiciones comunes, a saber, la cláusula relativa al contenido danés, y la iniciación de negociaciones según una proposición que no se ajustaba al apartado 3 del artículo 3 de las citadas condiciones, relativo a las responsabilidades del licitador en el supuesto de una proposición alternativa que tenga por objeto un proyecto alternativo.
- 16 Se sigue de ello que el recurso sólo es admisible en la medida en que las dos infracciones imputadas tienen por objeto estas dos disposiciones de las condiciones comunes.
- 17 En el marco de la imputación relativa a la cláusula de contenido danés, nada se opone, sin embargo, a que la Comisión, con el fin de apoyar su alegación al respecto, se refiera a otras disposiciones del pliego de cláusulas administrativas particulares que constituyen su concreción acerca de aspectos específicos.
- 18 El Gobierno danés alega además que, al reformular las pretensiones durante el proceso, la Comisión modificó el objeto del litigio y violó el derecho de defensa, puesto que, como Estado demandado, no tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre los puntos así modificados en los plazos y las formas preceptivas. El fundamento del recurso debe, por tanto, en opinión de dicho Gobierno, examinarse únicamente en relación con las pretensiones contenidas en el escrito de demanda.
- 19 Esta alegación suscita los problemas de determinar, por una parte, si la reformulación de la segunda parte de las pretensiones constituye una ampliación de éstas y, por otra parte, si la referencia, en el escrito de réplica, al «principio de igualdad de

trato en que se basa esta Directiva», añade un elemento nuevo al fundamento jurídico del incumplimiento alegado.

20 En cuanto al primer problema, basta señalar que la Comisión estaba facultada para introducir esa precisión en sus pretensiones, con el fin de tener en cuenta las informaciones relativas al desarrollo del procedimiento de licitación y a las negociaciones entre Storebælt y ESG que había proporcionado en su escrito de contestación a la demanda el Gobierno danés.

21 En cuanto al segundo problema, debe observarse, en primer lugar, como expuso el Abogado General en el punto 13 de sus conclusiones, que ya durante la fase administrativa previa la Comisión había imputado al Gobierno danés la violación de dicho principio y que tanto el dictamen motivado como la demanda se refieren expresamente a él. Así pues, el Gobierno danés tuvo la oportunidad de manifestarse al respecto, como demuestra, por lo demás, tanto su respuesta al dictamen motivado como su escrito de contestación a la demanda.

22 Debe observarse, además, que la tesis del Gobierno danés, según la cual el principio de igualdad de trato constituye un nuevo fundamento jurídico del incumplimiento alegado, suscita una cuestión de interpretación de la Directiva que se examinará con el fondo.

Sobre el fondo

Primera imputación, sobre la cláusula relativa al contenido danés

23 Debe observarse, con carácter preliminar, que la cláusula relativa al contenido danés, tal como está formulada en el apartado 2 del artículo 6 de las condiciones generales del pliego de cláusulas administrativas, es incompatible con los artículos 30, 48 y 59 del Tratado, lo que, por otra parte, no discute el Gobierno danés.

- 24 El Gobierno danés alega, no obstante, en primer lugar, que suprimió la cláusula de que se trata antes de la firma del contrato con ESG, el 26 de junio de 1989, y que, de esa forma, se atuvo al dictamen motivado, incluso antes de que éste fuera notificado, el 14 de julio de 1989. Invocando la sentencia de 31 de marzo de 1992, Comisión/Italia (C-362/90, Rec. p. I-2353), el Gobierno danés añadió en la vista que la Comisión no había actuado a su debido tiempo para evitar, por los procedimientos de que dispone, que produjese efectos jurídicos el incumplimiento imputado.
- 25 Esta alegación no puede ser acogida.
- 26 Debe, en efecto, señalarse, en primer lugar, que, si bien la cláusula controvertida fue suprimida poco antes de la firma del contrato con ESG, y por tanto antes de la notificación del dictamen motivado, no es menos cierto que el procedimiento de licitación se desarrolló según una cláusula no conforme con el Derecho comunitario, que podía tener incidencia tanto en la composición de los diferentes grupos de empresas como en el contenido de las proposiciones formuladas por los cinco grupos preseleccionados. De ello resulta que la mera supresión de dicha cláusula en la fase final del procedimiento no puede ser considerada suficiente para poner fin al incumplimiento alegado por la Comisión.
- 27 Debe resaltarse seguidamente que, en su escrito de requerimiento de 21 de junio de 1989, la Comisión instó al Gobierno danés a suspender la firma del contrato debatido y que, por tanto, si dicho Gobierno hubiera accedido a esta petición, el incumplimiento reprochado no habría producido efecto jurídico alguno.
- 28 En segundo lugar, el Gobierno danés alega que, en su declaración de 22 de septiembre de 1989, presentada al Tribunal de Justicia durante el procedimiento de medidas provisionales, no sólo reconoció que la cláusula relativa al contenido danés constituía una infracción del Derecho comunitario, sino que igualmente reconoció su responsabilidad frente a las empresas licitadoras, por lo que el recurso, en este aspecto, carece de objeto.

29 Esta alegación tampoco puede ser acogida.

30 Al respecto debe señalarse que, en el marco de un recurso por incumplimiento, interpuesto con arreglo al artículo 169 del Tratado por la Comisión, única competente para apreciar la oportunidad de dicho recurso, corresponde al Tribunal de Justicia declarar si el incumplimiento imputado existe o no, incluso si el Estado demandado ya no niega el incumplimiento y reconoce el derecho a la reparación del perjuicio que, en su caso, hayan podido sufrir los particulares a causa del incumplimiento. De no ser así, los Estados miembros, al reconocer el incumplimiento y aceptar la responsabilidad que puede derivar de éste, podrían, en cualquier momento del procedimiento por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia, poner fin a dicho procedimiento sin que la existencia del incumplimiento y el fundamento de su responsabilidad hubieran sido jurisdiccionalmente declarados.

31 De estas consideraciones se sigue que el recurso de la Comisión está fundado en cuanto a la primera imputación sobre la cláusula relativa al contenido danés.

Segunda imputación, relativa a las negociaciones según una proposición que no se ajustaba al pliego de cláusulas administrativas particulares

32 Puesto que la Comisión alega en sus pretensiones, reformuladas en el marco de su escrito de réplica, que Storebælt no respetó el principio de igualdad de trato de todos los licitadores, es preciso, con carácter preliminar, examinar en primer término la tesis del Gobierno danés según la cual dicho principio no está contemplado por la Directiva y constituye, pues, un fundamento jurídico nuevo del incumplimiento alegado.

33 Al respecto, basta observar que, si bien la Directiva no menciona expresamente el principio de igualdad de trato de los licitadores, no es menos cierto que el deber de respetar dicho principio responde a la esencia misma de la Directiva, que, según su noveno considerando, se propone, en particular, el desarrollo de una competencia

efectiva en el sector de los contratos públicos y, en su Título IV, enuncia los criterios de selección y de adjudicación del contrato tendentes a garantizar dicha competencia.

- 34 Debe, además, recordarse que la Comisión, en su escrito de réplica, basó sus pretensiones en toda una serie de elementos del contrato final que constituyen, en su opinión, modificaciones del pliego de cláusulas administrativas particulares y que tienen determinada incidencia en los precios. Ahora bien, como se ha señalado anteriormente (apartados 14 y 15), tan sólo pueden ser tomadas en consideración por el Tribunal de Justicia las modificaciones que guardan relación con los requisitos enunciados en el apartado 3 del artículo 3 de las condiciones comunes.
- 35 Así delimitada, la segunda imputación de la Comisión pretende sustancialmente la declaración por el Tribunal de Justicia de que el Reino de Dinamarca ha violado el principio de igualdad de trato de los licitadores, debido a que Storebælt, según una proposición que no se ajustaba al pliego de cláusulas administrativas particulares, mantuvo negociaciones con ESG que condujeron, en el contrato final, a modificaciones de las condiciones enunciadas en el citado apartado 3 del artículo 3, en favor tan sólo de dicho licitador y que tienen por objeto elementos con incidencia en los precios.
- 36 Para apreciar la compatibilidad de tales negociaciones mantenidas por Storebælt con el principio de igualdad de trato de los licitadores, es preciso examinar, en primer lugar, si dicho principio se oponía a que Storebælt tomara en consideración la proposición de ESG.
- 37 Al respecto, es preciso señalar, ante todo, que el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores exige que todas las proposiciones sean conformes a las prescripciones del pliego de cláusulas administrativas particulares, con el fin de garantizar una comparación objetiva entre las proposiciones presentadas por los diferentes licitadores.

- 38 Esta afirmación está corroborada por el artículo 11 de la Directiva, que, aun permitiendo a un licitador, cuando se trata de la facultad de presentar alternativas al proyecto de la Administración, utilizar un método de cálculo de las obras diferente al del país donde se licita el contrato, establece sin embargo el requisito de que la proposición sea compatible con las prescripciones del pliego de cláusulas administrativas particulares.
- 39 En cuanto a la alegación del Gobierno danés según la cual la legislación danesa en materia de contratación pública prevé la posibilidad de aceptar reservas, debe señalarse que dicha legislación sólo puede ser aplicada con pleno respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores en que se basa la Directiva y que exige la conformidad de las proposiciones con el pliego de cláusulas administrativas particulares.
- 40 Ahora bien, no se cumpliría dicha exigencia si se permitiera a los licitadores apartarse, mediante reservas, de las prescripciones fundamentales del pliego de cláusulas administrativas particulares, excepto cuando dichas prescripciones establezcan expresamente dicha facultad.
- 41 Debe señalarse, a continuación, que la proposición presentada por ESG, que tenía por objeto un proyecto alternativo de construcción de un puente de hormigón, no se ajustaba al apartado 3 del artículo 3 de las condiciones comunes, ya que no cumplía los requisitos establecidos en dicha norma, toda vez que el precio ofertado no se basaba en la exigencia de que, como licitador, debía elaborar un proyecto detallado y asumir plenamente la responsabilidad de dicho proyecto, tanto desde el punto de vista de su concepción como de su ejecución, al igual que el riesgo de variación de las cantidades en relación con las previstas.
- 42 Finalmente, debe señalarse que el apartado 3 del artículo 3 de las condiciones comunes constituye una prescripción fundamental del pliego de cláusulas administrativas particulares, ya que precisa los requisitos relativos al cálculo de los precios

habida cuenta de la obligación del licitador de efectuar la concepción detallada del proyecto, de ejecutar éste y de asumir sus riesgos.

- 43 En estas circunstancias, y dado que la prescripción de que se trata no prevé facultad alguna de los licitadores para incluir reservas en sus proposiciones, el principio de igualdad se oponía a que Storebælt tomara en consideración la proposición de ESG.
- 44 En consecuencia, el recurso de la Comisión es igualmente fundado en su segunda imputación relativa a las negociaciones según una proposición no ajustada al pliego de cláusulas administrativas particulares.
- 45 Del conjunto de las precedentes consideraciones se sigue que el Reino de Dinamarca ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario y, en particular, ha infringido los artículos 30, 48 y 59 del Tratado, así como la Directiva 71/305/CEE, debido a que la sociedad Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen convocó una licitación que incluía, como requisito, la utilización, en todo lo posible, de materiales, bienes de consumo, mano de obra y bienes de equipo daneses, y las negociaciones con el grupo de empresas seleccionado tuvieron lugar según una proposición que no se ajustaba al pliego de cláusulas administrativas particulares.

Costas

- 46 A tenor del apartado 2 del artículo 69 del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda que el proceso será condenada en costas. Por haber sido desestimados los motivos formulados por el Reino de Dinamarca, procede condenarle en costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

decide:

1) Declarar que el Reino de Dinamarca ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario y, en particular, ha infringido los artículos 30, 48 y 59 del Tratado, así como la Directiva 71/305/CEE, debido a que la sociedad Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen convocó una licitación que incluía, como requisito, la utilización, en todo lo posible, de materiales, bienes de consumo, mano de obra y bienes de equipo daneses, y las negociaciones con el grupo de empresas seleccionado tuvieron lugar según una proposición que no se ajustaba al pliego de cláusulas administrativas particulares.

2) Condenar en costas al Reino de Dinamarca.

Due	Kakouris	Rodríguez Iglesias	Zuleeg
Murray		Mancini	Joliet
Schockweiler	Moitinho de Almeida	Grévisse	Kapteyn

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 22 de junio de 1993.

El Secretario

El Presidente

J.-G. Giraud

O. Due