

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GIUSEPPE TESAURO

presentadas el 17 de noviembre de 1992 *

*Señor Presidente,
Señores Jueces,*

1. Mediante el presente recurso, la Comisión solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Reino de Dinamarca ha incumplido, en el marco del procedimiento de licitación relativo a la construcción de un puente sobre el canal Oeste del Gran Belt, las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 30, 48 y 59 del Tratado 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.¹ Dos aspectos del procedimiento de licitación son impugnados por la Comisión: a) la existencia en el pliego de cláusulas administrativas particulares de una cláusula que instaba a licitar con el requisito de utilizar en todo lo posible materiales y bienes de consumo daneses, así como mano de obra y bienes de equipo daneses (en lo sucesivo, «reserva danesa»); b) el hecho de que las negociaciones con el grupo de empresas seleccionado tuvieron lugar en base a una proposición no ajustada al pliego de cláusulas administrativas particulares.

2. Los hechos y el procedimiento precontencioso están descritos detalladamente en el informe para la vista, al que nos remitimos. Me limitaré pues aquí a recordar los datos esenciales del asunto en la medida necesaria para hacer más fácil la lectura de las observaciones que siguen.

El contrato para la construcción del puente sobre el canal Oeste del Gran Belt fue adju-

dicado al European Storebælt Group (en lo sucesivo, «ESG»), uno de los cinco grupos de empresas internacionales invitadas a licitar en el marco del anuncio de licitación restringida publicado por Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen (en lo sucesivo, «Storebælt»), sociedad plenamente controlada por el Estado danés y dueña de la obra de que se trata. Storebælt, que había elaborado tres diferentes proyectos que habían de servir de base a las proposiciones, entabló discusiones con las empresas preseleccionadas, y después continuó las negociaciones con ESG, que había hecho uso de la facultad, prevista en el apartado 3 del artículo 3 del pliego de cláusulas administrativas particulares, de presentar una proposición alternativa; estas negociaciones llevaron a la firma del contrato el 26 de junio de 1989.

3. El 18 de mayo de 1989, la Comisión se puso en contacto con las autoridades danesas para manifestar dudas acerca de la conformidad con el Derecho comunitario tanto de la reserva danesa como del desarrollo de negociaciones con ESG en base a una proposición no ajustada al apartado 3 de artículo 3 del pliego de cláusulas administrativas particulares. No satisfecha por las explicaciones del Gobierno danés, la Comisión envió el 21 de junio de 1989 el escrito de requerimiento mediante el que instaba, entre otras cosas, a no proceder a la firma del contrato. En respuesta a este escrito, las autoridades danesas comunicaron que no habían considerado oportuno aplazar la firma del contrato, pero que habían solicitado a Storebælt, mediante carta de 21 de junio, que suprimiera la reserva danesa, de modo que ésta ya no figuraba en el contrato definitivo.

* Lengua original: italiano.

1 — DO L 185, p. 5; EE 17/01, p. 9.

Considerando que se había cometido una infracción, y que la eliminación de la cláusula de que se trata con posterioridad a la adjudicación no había eliminado el incumplimiento, mediante telex de 14 de julio de 1989 la Comisión notificó a Dinamarca un dictamen motivado, en el que entre otras cosas afirmaba que el único medio de reparar la situación creada, dado que ya se había firmado el contrato, consistía en solicitar a Storebælt que anulara el contrato celebrado con ESG y que iniciara un nuevo procedimiento de licitación.

Dado que el Reino de Dinamarca no se atuvo al dictamen motivado, la Comisión interpuso un recurso con arreglo al artículo 169, así como una demanda de medidas provisionales al amparo del artículo 186 del Tratado, demanda basada únicamente en el motivo relativo a la reserva danesa.

A raíz de esta declaración, la Comisión desistió de su demanda de medidas provisionales, manteniendo no obstante el recurso basado en el artículo 169 también en lo relativo a la imputación que era objeto de dicha demanda de medidas provisionales. Además, posteriormente, la Comisión, que se había reservado en el escrito de demanda la facultad de completar y desarrollar ulteriormente los motivos formulados en apoyo del recurso, solicitó al Gobierno danés —y obtuvo en amplia medida— diferentes documentos relativos al procedimiento de licitación y al contrato definitivo, en base a los cuales formuló en la réplica nuevos motivos en apoyo del recurso. Esta forma de actuar llevó al Gobierno danés a oponer en su dúplica una serie de excepciones de inadmisibilidad, tanto respecto a la imputación que se refiere a la reserva danesa como en el relativo a las negociaciones desarrolladas entre Storebælt y ESG. Estas excepciones del Gobierno danés se examinan seguidamente en el marco de los dos motivos alegados por la Comisión.

a) *La reserva danesa*

4. En la vista del procedimiento de medidas provisionales, celebrada el 22 de septiembre de 1989, el Gobierno danés emitió una declaración mediante la que reconocía que la reserva danesa constituía una violación del principio fundamental de no discriminación consagrado por el Tratado, y se comprometía: a) a evitar toda cláusula o práctica discriminatoria en los futuros contratos públicos de obras o de suministros; b) a garantizar la reparación del perjuicio sufrido por las empresas licitadoras siempre que éstas pudieran probar que sus pretensiones estaban fundadas en Derecho danés; c) a garantizar en cualquier caso el abono de los gastos de licitación mediante un procedimiento arbitral; ello sin que las empresas afectadas tuvieran que probar que el alcance discriminatorio de la reserva danesa fue la causa de su exclusión.

5. El Gobierno danés se opone a que la Comisión amplíe el objeto del litigio a cláusulas del pliego de cláusulas administrativas particulares distintas de las mencionadas en el escrito de requerimiento y en el dictamen motivado, en la medida en que se trataría —sustancialmente— de motivos nuevos contenidos y desarrollados únicamente en el escrito de réplica.

De hecho, en la fase precontenciosa, la Comisión se había referido únicamente a la reserva danesa tal como estaba formulada en el apartado 2 del artículo 6 de las condiciones generales del pliego de cláusulas administra-

tivas; en el recurso, y sobre todo en el escrito de réplica, la Comisión en cambio impugnó otras diferentes cláusulas contenidas en dicho pliego de cláusulas administrativas o directamente introducidas por vez primera en el contrato definitivo, de las que resulta que aún aparecen en el contrato condiciones relativas a la reserva danesa, en particular disposiciones relativas a los materiales.

La Comisión justifica esta actuación manteniendo que en la fase precontenciosa quiso impugnar de manera general la reserva danesa, y que por tanto los motivos formulados en la réplica deben ser entendidos como simples precisiones de esa imputación más general, y no constituyen motivos nuevos y autónomos. Y ciertamente es indiscutible que las cláusulas citadas por la Comisión en el escrito de demanda y en la réplica no son sustancialmente otra cosa que la expresión concreta de especificaciones de la reserva danesa tal como estaba formulada en el apartado 2 del artículo 6 de las condiciones generales del pliego de cláusulas administrativas.

6. Dicho esto, hay que observar que, con arreglo a una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia,² el objeto del recurso formulado con arreglo al artículo 169 del Tratado está delimitado por la fase administrativa precontenciosa prevista en dicha disposición, así como por las pretensiones del recurso; y el dictamen motivado y el recurso deben fundarse en los mismos motivos y alegaciones; además, si bien es cierto que el Tribunal de Justicia reconoce la posibilidad de invocar en el recurso hechos nuevos que sean «de la misma naturaleza que los contemplados por el dictamen motivado y que sean constitutivos de la misma conduc-

ta»,³ debe sin embargo tratarse, con arreglo al apartado del artículo 42 del Reglamento de Procedimiento, de hechos ocurridos con posterioridad al dictamen motivado, o que en cualquier caso no fueran conocidos por el demandante en el momento de la presentación de su recurso.

Ahora bien, en la medida en que las imputaciones planteadas por vez primera por la Comisión en el recurso y en la réplica se refieren a cláusulas del pliego de cláusulas administrativas particulares, por tanto a cláusulas que existían ya en el momento del escrito de requerimiento, es inevitable señalar, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que la Comisión habría debido, o al menos habría podido tener conocimiento de las mismas.

Se sigue de ello que estas cláusulas «discriminatorias» no pueden ser tomadas en consideración en el presente proceso: la excepción de inadmisibilidad del Gobierno danés debe por tanto ser acogida.

Al respecto, no podemos sin embargo dejar de añadir que, planteado en estos términos, el problema es puramente formal. Me explico: en la medida en que la reserva danesa es incompatible con el Derecho comunitario, circunstancia que es incontrovertida, a nuestro parecer el Estado infractor está en cualquier caso obligado a deducir las consecuencias evidentes, es decir suprimir todas las disposiciones que son una expresión de la reserva de que se trata. Y el hecho de que el Gobierno danés era consciente de ello se deduce tanto del hecho de que en la respuesta al dictamen motivado aseguró que el contrato definitivo no contenía cláusula alguna de la naturaleza de la reserva danesa, como de la afirmación del mismo Gobierno

2 — Véase en último lugar la sentencia de 31 de marzo de 1992, Comisión/Dinamarca (C-52/90, Rec. p. I-2187), apartado 23.

3 — Véase las sentencias de 22 de marzo de 1983, Comisión/Francia (42/82, Rec. p. 1013), y de 4 de febrero de 1988, Comisión/Italia (113/86, Rec. p. 607).

según la cual, al haber tenido que suprimir la reserva danesa antes de la firma del contrato, en plazos muy breves por tanto, algunas indicaciones concretas relativas a la utilización de materiales daneses le habían pasado inadvertidas; y ello precisamente a causa del apresuramiento.⁴

7. En lo que atañe a las cláusulas insertadas por vez primera en el contrato definitivo, y que en opinión de la Comisión son igualmente especificaciones de la reserva danesa, debe señalarse ante todo que las pretensiones de la Comisión acerca del motivo examinado se refieren únicamente a la irregularidad del procedimiento de licitación, y que por tanto, a diferencia de las cláusulas «discriminatorias» contenidas en las condiciones generales y particulares del pliego de cláusulas administrativas, las que fueron añadidas en el contrato definitivo no pudieron tener incidencia alguna en el desarrollo de dicho procedimiento.⁵ En rigor pues estas cláusulas podrían constituir el fundamento de un procedimiento autónomo de incumplimiento: es evidente en efecto que, si fueran ilícitas, constituirían una infracción actual del Derecho comunitario, dado que los trabajos de construcción del puente están todavía en curso.

Podría también ciertamente mantenerse que la consideración, a efectos del presente procedimiento, de las eventuales disposiciones ilícitas contenidas en dichas cláusulas no puede originar una variación sustancial del objeto del recurso, puesto que se trata de imputaciones de la misma naturaleza que las

invocadas en el dictamen motivado, y que son constitutivos de la misma conducta. Además, si bien es cierto que el contrato definitivo fue celebrado antes de la emisión del dictamen motivado, lo es igualmente que la Institución demandante, a la que por lo demás no puede reprocharse pasividad ni negligencia, teniendo en cuenta los plazos extremadamente breves en los que instruyó el procedimiento (entre el inicio de la fase precontenciosa y la presentación del recurso transcurrió menos de un mes), sólo tuvo materialmente conocimiento de dichas cláusulas en una fecha posterior a la interposición del recurso.

No obstante, dado el rigor de que ha dado prueba el Tribunal de Justicia, cuando se ha tratado de ampliar el objeto del recurso a hechos no conocidos por la demandante en el momento de la emisión del dictamen motivado, proponemos, habida cuenta de los principios procedimentales que rigen el recurso al amparo del artículo 169, que se acoja igualmente en este aspecto la excepción de inadmisibilidad planteada por el Gobierno danés.

8. Una vez determinado que el objeto del motivo examinado se limita a la reserva danesa tal como estaba formulada en el apartado 2 del artículo 6 de las condiciones generales del pliego de cláusulas administrativas, y recordando que la incompatibilidad de dicha reserva con los artículos 30, 48 y 59 del Tratado es incontrovertida en el presente asunto, hay que examinar en primer lugar si el Gobierno danés, al eliminar la reserva de que se trata, se atuvo o no al dictamen motivado. En realidad, como se recordará, dicha cláusula fue suprimida antes de la firma del contrato (el 26 de junio), y por tanto antes de que la Comisión notificara el dictamen motivado al Gobierno danés (el 14 de julio). Precisamente invocando dicha circunstancia el Gobierno danés mantiene que el recurso

4 — Véase la p. 44 de la dúplica. En efecto, el Gobierno danés reconoció expresamente que algunas disposiciones del contrato, calificadas como secundarias, aún contienen prescripciones relativas a la reserva danesa.

5 — Quede entendido que las observaciones que acabamos de formular se aplican también en este caso: sería en efecto ilógico al menos que, después de haber reconocido la incompatibilidad de la reserva danesa con el Derecho comunitario y de haber por tanto instado la supresión, el Gobierno danés permitiera seguidamente que prescripciones ilícitas de la misma clase sean introducidas en el contrato definitivo.

debería ser inadmitido o cuando menos desestimado, por analogía con la sentencia dictada por el Tribunal en el asunto C-362/90.⁶ Al respecto, afirmamos de principio que no creemos que el asunto que nos ocupa en este momento pueda ser asimilado al que se acaba de citar.

En efecto, recuerdo que en el asunto C-362/90, la infracción controvertida había ya producido completamente sus efectos en el momento de la emisión del dictamen motivado, y que además, el Tribunal de Justicia reprochó en particular a la Comisión que no hubiera «actuado en el momento oportuno para evitar, mediante los procedimientos que están a su disposición, que el incumplimiento reprochado produjera efecto, y ni siquiera invocó la Comisión la existencia de circunstancias que le hubieran impedido tramitar el procedimiento precontencioso previsto en el artículo 169 del Tratado antes de que hubiera dejado de existir el incumplimiento».⁷

9. En el presente caso, la situación es por el contrario enteramente diferente. Como he dicho ya, la Comisión, en efecto, había solicitado en el escrito de requerimiento no sólo que se le proporcionaran las explicaciones requeridas en un plazo de siete días, sino igualmente que, mientras tanto, se suspendiera la firma del contrato. El Gobierno danés podía por tanto evitar «consumar» el incumplimiento accediendo a las peticiones de la Comisión; por el contrario, precisamente en el curso del procedimiento administrativo, comunicó en la respuesta al escrito de requerimiento que Storebælt había firmado ya el contrato. Esta forma de obrar impidió que se iniciara un nuevo procedimiento de licitación, lo que llevó a la Institución demandante a solicitar en el dictamen

motivado, como único medio de poner fin al incumplimiento, la resolución del contrato y la iniciación de nuevo procedimiento de licitación. Por otra parte, en la medida en que el contrato fue celebrado en base a una adjudicación no conforme a derecho, a nuestro parecer —siendo incontrovertida la ilicitud de la reserva danesa— no cabe dudar de la existencia del incumplimiento.

En efecto, es evidente que tan sólo un nuevo procedimiento de licitación habría podido eliminar el incumplimiento, toda vez que el procedimiento se había desarrollado con violación plena del Derecho comunitario. En otros términos, dado que la reserva danesa influyó en la presentación de proposiciones, es indiscutible que su posterior eliminación, incluso si tuvo lugar antes de la firma del contrato, no pudo en caso alguno sanar un vicio de tal importancia en el procedimiento de licitación del contrato.

Pongo en duda por lo demás que el Gobierno danés pueda ampararse en la afirmación de la Comisión, según la cual ya no es posible en el momento presente obtener la plena observancia del Derecho comunitario, para sostener que las pretensiones de la Comisión acerca del motivo relativo a la reserva danesa carecen ya de pertinencia. De hecho, sería cuando menos singular que un Estado miembro que tenía la posibilidad de evitar que la infracción produjera efectos definitivos, pueda seguidamente invocar la circunstancia de que dicha infracción ha sido ya consumada para evitar su «declaración» con arreglo al artículo 171. Una eventual sentencia del Tribunal de Justicia en este sentido no estaría en efecto destinada a declarar que Storebælt habría debido iniciar un nuevo procedimiento de licitación, sino más sencillamente a declarar que el procedimiento de que se trata se desarrolló con violación de las disposiciones aplicables de Derecho comunitario.

6 — Sentencia de 31 de marzo de 1992, Comisión/Italia, Rec. p. I-2353.

7 — Sentencia de 31 de marzo de 1992, ya citada, apartado 12.

En definitiva, aceptar la tesis del Gobierno demandado según la cual la reserva danesa había sido suprimida ya antes de la emisión del dictamen motivado y en consecuencia, en cualquier caso, la imputación relativa a dicha reserva no es ya pertinente una vez firmado el contrato, equivaldría a premiar el hecho de que el incumplimiento fue «consumado», a pesar del procedimiento administrativo por incumplimiento en curso.

Una observación final acerca de este punto. Me parece muy evidente que si el Tribunal de Justicia acogiera la tesis del Gobierno danés, el proceso por incumplimiento perdería toda razón de ser en todas las ocasiones en que se trata de incumplimientos instantáneos, es decir, en relación con los cuales existe el riesgo de que la infracción se haya «consumado» ya durante la fase precontenciosa, eventualmente antes de la emisión del dictamen motivado. Este es un riesgo casi normal evidentemente en un sector como el de los contratos públicos. Con esta perspectiva, y para no vaciar de su sentido y desvalorizar el proceso al amparo del artículo 169 en lo que atañe a los incumplimientos de dicha naturaleza, no se puede válidamente invocar la afirmación del Tribunal de Justicia según la cual el Tribunal «sólo puede conocer de la acción por incumplimiento si el Estado de que se trata no se ha atenido al dictamen motivado»⁸ como tampoco se puede mantener, alegando la sentencia en el asunto C-362/90 ya citada, que «en la fecha de expiración del plazo fijado en el dictamen motivado el incumplimiento reprochado había dejado de existir», en la medida en que el incumplimiento había producido todos sus efectos. En el presente, caso, en efecto, la Comisión inició el procedimiento por incumplimiento en el momento oportuno para evitar que el incumplimiento reprochado produjera sus efectos, en el sentido de que, dado que el contrato definitivo todavía no había sido fir-

mado, el Estado tenía la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento de licitación.

10. Hecha esta precisión, hay que determinar seguidamente si, y en su caso en qué medida, la declaración del Gobierno danés de 22 de septiembre de 1989 en el curso del procedimiento de medidas provisionales tiene incidencia en el proceso. Al respecto, el Gobierno aduce que mediante dicha declaración no solamente reconoció la existencia de incumplimiento, sino que también reconoció su responsabilidad patrimonial frente a las empresas licitadoras, de modo que dicha declaración equivale, con la misma fuerza que una sentencia, a la declaración definitiva del incumplimiento.

Ahora bien, si bien es cierto que el Gobierno danés reconoció el incumplimiento y aseguró la reparación de los perjuicios sufridos por las empresas licitadoras, es igualmente cierto en mi opinión que dicha circunstancia no puede extinguir el interés en la continuación del proceso. El hecho de que la citada declaración llevara a la Institución demandante a desistir de su demanda de medidas provisionales es simplemente el resultado de un acuerdo entre las partes exclusivamente en el marco del procedimiento de medidas provisionales, en particular para poner fin amigablemente a dicho procedimiento. Sin embargo, no me parece acertado deducir de dicha conducta de la Comisión la inadmisibilidad, o cuando menos el carácter infundado del recurso. De no ser así, ello equivaldría a afirmar el principio según el cual la Comisión *estaría obligada* a desistir del recurso en todas las ocasiones en las que en el curso del proceso deja de ser discutido el incumplimiento y al mismo tiempo se produce el reconocimiento del derecho a reparación del perjuicio eventualmente sufrido por los particulares como resultado de dicho incumplimiento.

11. Por lo demás, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia, que ha

⁸ — Sentencia de 15 de enero de 1986, Comisión/Italia (121/84, Rec. p. 107), apartado 10.

resaltado en ocasiones de modo expreso que el interés en la acción puede consistir en determinar el fundamento de la responsabilidad que pueda incumbir a un Estado miembro como consecuencia de su incumplimiento,⁹ se desprende que en cualquier caso se debe presumir que la Comisión tiene interés en los procesos por ella promovidos con arreglo al artículo 169, incluso en el supuesto de incumplimientos no discutidos.¹⁰

En definitiva, como ha reconocido el Tribunal de Justicia,¹¹ la Comisión no está obligada a demostrar un interés en la acción para poder mantenerla en el proceso. En su calidad de «guardiana» de los Tratados, la Comisión tiene en cualquier caso interés en que el incumplimiento sea declarado mediante una sentencia del Tribunal de Justicia: con este fin, el único elemento pertinente es que el Estado de que se trata no haya puesto fin a la infracción que se le reprocha en los plazos fijados por el dictamen motivado. La circunstancia de que el incumplimiento de que se trata sea reconocido ya antes de la emisión del dictamen motivado carece en cambio de relevancia, a diferencia de lo que cree el Gobierno danés.

A la luz de las precedentes consideraciones, mantengo pues que, al haber procedido Storebælt a la adjudicación de un contrato de obras públicas en base a una cláusula que invitaba a licitar con el requisito de utilizar en todo lo posible materiales y mano de obra daneses, el Reino de Dinamarca ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 30, 48 y 59 del Tratado.

b) *Las negociaciones desarrolladas en base a una proposición no ajustada al pliego de cláusulas administrativas particulares*

12. También en relación con este motivo el Gobierno danés ha planteado una serie de excepciones de inadmisibilidad, relativas tanto a las circunstancias de hecho adicionales que la Comisión habría añadido en su escrito de réplica en apoyo de la imputación de que se trata, como —especialmente— a una supuesta modificación de las pretensiones, de la que resulta la ampliación de las mismas.

En lo que se refiere a los hechos mencionados por primera vez por la Comisión en su réplica, es decir las «supuestas» negociaciones desarrolladas entre Storebælt y ESG, de las que habrían resultado las disposiciones del contrato definitivo incompatibles con las cláusulas del pliego administrativo,¹² pueden aplicarse a los mismos las observaciones ya formuladas acerca del motivo basado en la reserva danesa. Con arreglo a la citada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, debe en efecto excluirse que la Comisión pueda alegar en apoyo de dicho motivo hechos no imputados en la fase precontenciosa.

Por el contrario, el problema relativo a la reformulación de las pretensiones resulta más delicado. De hecho, la Comisión reprochó inicialmente al Gobierno danés que Storebælt hubiera entablado negociaciones con ESG en base a una proposición no ajustada al apartado 3 del artículo 3 del pliego de cláusulas administrativas particulares. En la réplica, la Comisión reformuló dicha

9 — Véase en último término la sentencia de 18 de marzo de 1992, Comisión/Grecia (C-29/90, Rec. p. I-1971), apartado 12.

10 — Al respecto, basta observar que el Tribunal de Justicia no ha negado nunca el interés de la Comisión en la condena de un Estado miembro por incumplimiento, y ello incluso cuando el incumplimiento de que se trata era reconocido por el Estado miembro y no planteaba ningún problema de reparación del perjuicio sufrido.

11 — Véase la sentencia de 4 de abril de 1977, Comisión/Francia (167/73, Rec. p. 359), apartado 15.

12 — En el escrito de réplica, la Comisión ya no se refirió únicamente a las negociaciones acerca de la reserva planteada por ESG respecto al apartado 3 del artículo 3 del pliego de cláusulas administrativas particulares, sino igualmente a negociaciones que se habrían desarrollado respecto al precio unitario para la arena de relleno, a las cláusulas penales y a la subsanación de demoras, al gravamen de apoyo al empleo, a la fórmula de revisión de los precios, etc.

pretensión, manteniendo que, al basarse en una proposición no ajustada al pliego de cláusulas administrativas particulares, Storebælt desarrolló negociaciones con ESG cuyo resultado fue que el contrato definitivo contiene modificaciones respecto a los requisitos del anuncio de licitación en favor únicamente de dicho licitador, relativas en particular a elementos con incidencia en los precios. Además, la Comisión añadió una explícita referencia al principio de igualdad de trato como fundamento de la Directiva 71/305, mientras que en las pretensiones formuladas en la demanda se había referido en particular al Título IV de esa Directiva.

El Gobierno danés mantiene que la reformulación de las pretensiones en este aspecto constituye una ampliación de las mismas, e invoca la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual una parte no puede modificar el objeto del litigio durante el proceso, y en consecuencia el fundamento del recurso debe ser apreciado únicamente en relación con las pretensiones formuladas en la demanda inicial.¹³ Además, en opinión del Gobierno demandado, las pretensiones así reformuladas se basan en un nuevo fundamento jurídico, a saber el principio de igualdad de trato que inspira a la Directiva. Este modo de proceder no es aceptable en la medida en que implica una violación del derecho de defensa, toda vez que el Estado demandado no ha tenido la posibilidad de pronunciarse sobre el mismo en la forma y el plazo prescrito.

13. He de decir de principio que no podemos compartir esta tesis. En primer lugar,

como ha reconocido el mismo Gobierno danés, una reformulación de las pretensiones es legítima siempre que tienda a delimitar, en el sentido de «restringir» las pretensiones. Y precisamente ese es el supuesto, en mi opinión, en este asunto, en la medida en que, no alegando ya de manera general el hecho de que las negociaciones fueron entabladas en base a una proposición no ajustada al pliego de cláusulas administrativas particulares, sino el hecho de que las negociaciones tuvieron por objeto una cláusula del pliego de cláusulas administrativas particulares que es imposible exceptuar, y llevaron a resultados manifiestamente contrarios al principio que inspira la Directiva 71/305 —a saber, la igualdad de trato entre licitadores—, la Comisión en definitiva delimita y circunscribe el alcance de la imputación tal como fue formulada en el dictamen motivado.

En lo que atañe a la tesis según la cual el principio de igualdad de trato constituye un nuevo fundamento jurídico, señalamos en primer lugar que, si bien es cierto que dicho principio fue invocado materialmente con las pretensiones, por primera vez, en el escrito de réplica, es igualmente cierto que ya en la fase precontenciosa la Comisión había reprochado al Gobierno danés la violación de dicho principio. En particular, recordamos que en el dictamen motivado la Comisión afirmó expresamente que el hecho de haber entablado negociaciones en base a una proposición no ajustada al pliego de cláusulas administrativas particulares «infringed the principle of equal treatment of all contractors which lies at the heart just as much of national laws in the field of procurement as of Council Directive 71/305.» Se sigue de ello por tanto que el Gobierno danés tuvo la posibilidad de manifestarse al respecto, como resulta por lo demás tanto de la respuesta al dictamen motivado como del escrito de contestación a la demanda.

13 — Véase por ejemplo la sentencia de 14 de octubre de 1987, Comisión/Dinamarca (278/85, Rec. p. 4069).

14. Dicho esto, entro en el fondo de este motivo. Parece oportuno recordar en primer lugar el contenido del apartado 3 del artículo 3 del pliego de cláusulas administrativas particulares, es decir el contenido de la cláusula a la que no se ajustó ESG al presentar su proposición.

Con arreglo a dicha disposición, el precio ofertado respecto a una proposición alternativa debía incluir los costes de elaboración detallada del proyecto presentado por el licitador a la aceptación del dueño de la obra; además, el licitador debía asumir íntegramente el riesgo y ventura de la realización y de la ejecución de dicho proyecto, incluido el riesgo inherente a las variaciones de cantidad ligadas a la proposición alternativa. Este mismo apartado 3 del artículo 3 prevé a continuación que el licitador está obligado a señalar la reducción aplicable al precio del proyecto para el supuesto de que el dueño de la obra decida asumir él mismo la elaboración detallada del proyecto. En este supuesto, la responsabilidad de la concepción del proyecto y los riesgos inherentes a las variaciones de cantidad serán asumidos por el dueño de la obra, en la medida en que sean consecuencia de la elaboración detallada del proyecto.

Ahora bien, la proposición alternativa presentada por ESG, consistente en un puente de hormigón armado, prevé en el punto 6.1 (proposición actual) que el dueño de la obra se encargará de la elaboración detallada del proyecto y asumirá íntegramente el riesgo y ventura de la realización del mismo, así como el riesgo inherente a las variaciones cuantitativas. Como variante, ESG proponía, en el punto 6.2 de su proposición, asumir la elaboración del proyecto con un coste suplementario de 42 millones de DKR; sin embargo, incluso en este supuesto, el licitador consideraba que el riesgo y ventura de la realización del proyecto y el riesgo inherente a las variaciones de cantidad, riesgo valorado

en aproximadamente cinco millones de DKR, debía incumbir al dueño de la obra.

15. La falta de conformidad de dicha proposición con el apartado 3 del artículo 3 del pliego de cláusulas administrativas particulares es a nuestro parecer inequívocamente resultante de la formulación del punto 6.2. La tesis del Gobierno danés, según la cual la atribución al dueño de la obra del riesgo y ventura de ejecución del proyecto y de los riesgos inherentes a las variaciones de cantidad se refiere únicamente al supuesto en que dicho dueño de la obra se encargue de la elaboración del proyecto, está desvirtuada por lo demás por la misma Storebælt, como resulta de la nota de 21 de junio de 1989 adjunta a la respuesta del Gobierno danés a la petición de explicación por parte de la Comisión.¹⁴

En razón de la falta de conformidad de dicha proposición con el pliego de cláusulas administrativas particulares, la Comisión mantuvo en primer lugar que el hecho mismo de que Storebælt la tomara en consideración, y entablara negociaciones en base a la misma, constituía una violación del principio de igualdad de trato derivado del Título IV de la Directiva 71/305.

En particular, aun reconociendo que las empresas licitadoras pueden formular reservas en sus proposiciones, la Comisión considera que dicha facultad tiene un límite en las disposiciones fundamentales del pliego de cláusulas administrativas particulares, entre las cuales con toda seguridad se incluye el apartado 3 del artículo 3. Se sigue de ello que Storebælt no procedió a una comparación objetiva de las proposiciones presentadas en

14 — En esta nota, con el fin de demostrar que la proposición de ESG, en los términos indicados en el punto 6.2, no tuvo incidencia alguna en el resultado de las negociaciones, Storebælt afirma en efecto que no acogió la proposición de ESG en base a la cual el dueño de la obra asumiría «el riesgo ligado a la concepción del proyecto y a la cantidad, incluso si el contratista llevara a cabo dicha concepción».

condiciones idénticas, con la consecuencia añadida de que la fase final del procedimiento de licitación no se desarrolló conforme a derecho en relación con las otras empresas licitadoras. En la réplica, como ya se ha dicho, la Comisión precisó el motivo de que se trata, al afirmar que las negociaciones entre ESG y Storebælt son incompatibles con el Derecho comunitario en la medida en que tuvieron incidencia en los precios.

16. De hecho, como acabo de poner de manifiesto, ESG se había comprometido a asumir la elaboración detallada del proyecto por una cantidad alzada de 42 millones de DKR, pero no se había comprometido a asumir el riesgo y ventura ni los riesgos del mismo proyecto. Así pues, dichas condiciones necesariamente fueron objeto de negociación y puede presumirse que igualmente ocurrió en cuanto al riesgo inherente a las variaciones de cantidad.

Dada la negativa del Gobierno danés a facilitar a la Comisión los documentos relativos a las negociaciones de que se trata,¹⁵ no es posible señalar en qué medida Storebælt tuvo en cuenta dichas reservas y determinó los precios relacionados con las mismas. No es menos cierto que determinadas condiciones del pliego de cláusulas administrativas particulares fueron modificadas durante las negociaciones con la consecuencia —dada la naturaleza misma de dichas condiciones— de que el precio del contrato, tal como estaba determinado en la proposición, resultó modificado.

Además, como se desprende de los documentos presentados por la Comisión, el contrato celebrado con ESG limita su responsa-

bilidad a 300 millones de DKR durante un plazo máximo de seis años: ello es evidentemente contrario no sólo al apartado 3 del artículo 3 del pliego de cláusulas administrativas particulares, en virtud del cual el contratista debe asumir íntegramente el riesgo y ventura de la realización y de la ejecución del proyecto, sino igualmente y sobre todo contrario al principio de igualdad de trato; es en efecto claro que los restantes licitadores determinaron el precio del contrato teniendo en cuenta el hecho de que debían asumir en su plenitud el riesgo y ventura de los trabajos. En cuanto al riesgo de variación de cantidades, el contrato prevé una cantidad alzada de 5 millones de DKR, que corresponde a la valoración hecha por ESG en la proposición alternativa: por tanto es evidente que las negociaciones de que se trata tuvieron incidencia en los precios.

Todos estos elementos conducen necesariamente a la conclusión de que las condiciones de licitación, tal como estaban fijadas en el pliego de cláusulas administrativas particulares (y en lo que importa para el presente caso en el apartado 3 del artículo 3), fueron modificadas en favor de un único licitador. En definitiva, se sigue de ello que las condiciones de concurrencia entre licitadores fueron así falseadas, de modo que el principio de igualdad de trato entre ellos fue violado.

17. No obstante, el Gobierno danés objeta que el incremento del precio fue completamente proporcionado en relación con el coste total de los trabajos de que se trata, y que en cualquier caso los hechos que le reprocha la Comisión no están regidos por el Derecho comunitario; en particular, la facultad de aceptar proposiciones que incluyen reservas y la facultad del dueño de la obra de entablar negociaciones con las empresas licitadoras están reguladas por disposiciones nacionales. Insiste pues en el hecho de que la Directiva 71/305 no regula los límites dentro

15 — Negativa motivada por el hecho de que: a) se trataría de documentos confidenciales; y b) en cualquier caso, Storebælt no tenía la obligación de determinar el precio de las reservas de que se trata.

de los que pueden desarrollarse las negociaciones, y que el Derecho nacional pertinente fue aplicado sin discriminación alguna entre los diferentes licitadores.

Al respecto, manifiesto de principio que no me parece preciso comentar en particular la afirmación del Gobierno danés según la cual «no puede deducirse de la Directiva 71/305 una regla que imponga a los Estados miembros obligaciones superiores a las exigencias del Derecho danés en materia de contratos públicos, en lo que atañe a la cuestión de no tomar en consideración una proposición que incluya una reserva o de abstenerse absolutamente de toda negociación». ¹⁶ En efecto, es obvio que, en la medida en que las normas danesas resultaran incompatibles con el Derecho comunitario, este último disfrutaría de la primacía.

Por otra parte, no consigo entender el sentido del reproche que el Gobierno danés dirige a la Comisión por haber interpretado la Directiva como inspirada en el principio de igualdad de trato. Sería cuando menos singular el considerar que, en la medida en que no está expresamente recogido en alguna de las disposiciones de la Directiva de que se trata, dicho principio sea ajeno a la Directiva, siendo así que ésta tiene precisamente como objetivo el garantizar, ante todo y sobre todo, la igualdad entre todos los participantes en un procedimiento de licitación.

18. De hecho, es cierto que la Directiva 71/305 no contiene disposición alguna específica acerca de las reservas, y menos aún sanciona expresamente el principio de igualdad de trato; sin embargo ello no implica que el Derecho nacional pueda regular todos los elementos relacionados con los contratos públicos sin tener en cuenta un principio tan

fundamental. Con franqueza, es sorprendente que las partes hayan derrochado tanta energía en demostrar y desvirtuar, respectivamente, que el principio de igualdad de trato esté o no en la base de la Directiva 71/305. Al respecto, es apenas necesario resaltar, en efecto, que en el marco de una licitación de contrato público, precisamente porque se trata de un procedimiento que llama a la concurrencia, será preciso necesariamente garantizar la igualdad de todos los participantes en dicho procedimiento: de no ser así, no se trataría de una licitación sino antes bien de una negociación [...] privada. En suma, la igualdad de trato está en la base de toda regulación de los procedimientos de licitación de contratos públicos en la medida en que constituye su misma esencia.

Por lo demás, tanto los considerandos como las disposiciones de la Directiva 71/305, consideradas en su conjunto, son más que indicativos al respecto. Basta recordar que se afirma expresamente que la elaboración de criterios objetivos de participación constituye uno de los principios fundamentales cuyo respeto debe ser garantizado en el marco de los procedimientos de licitación (tercer considerando); que las proposiciones deben ser presentadas con arreglo a los requisitos prescritos en el anuncio de licitación, con el fin de asegurar «el desarrollo de una competencia efectiva»: y ello con mayor razón en el marco de los procedimientos restringidos (penúltimo considerando).

19. En lo que atañe a la declaración común de julio de 1989, ¹⁷ aneja a la Directiva 89/440 del Consejo, ¹⁸ declaración que excluye en los procedimientos abiertos o

¹⁷ — DO L 210, p. 22.

¹⁸ — Directiva de 18 de julio de 1989 que modifica la Directiva 71/305/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 210, p. 1).

¹⁶ — Véase la p. 54 de la dúplica del Gobierno danés.

restringidos toda negociación con los licitadores sobre los elementos fundamentales de los contratos cuya modificación pudiera falsear la concurrencia, en particular sobre los precios, nos parece que no es posible acoger la tesis del Gobierno danés según la cual se trata de una declaración que carece de alcance jurídico alguno, y que en cualquier caso, al ser posterior a los hechos debatidos, carece de valor alguno en el presente proceso.

Por las precedentes observaciones, tampoco considero que el Gobierno danés pueda invocar la afirmación del Tribunal de Justicia, en la sentencia Antonissen,¹⁹ según la cual la relevancia de una declaración depende de su contenido y de si se recoge en el texto de la disposición a la que se refiere. A mi entender, es en efecto indiscutible que la declaración citada tiene un valor puramente declarativo, toda vez que el principio de igualdad de trato entre licitadores, principio que en la materia que me ocupa tiene como objetivo —en particular— el garantizar que la concurrencia no sea falseada entre los participantes en el procedimiento de licitación, constituye el

fundamento mismo de la normativa examinada en el presente asunto.

Una observación final. La circunstancia invocada por el Gobierno demandado, según la cual el Derecho nacional en materia de licitación fue aplicado sin discriminación alguna a todos los participantes en la licitación, plantea la cuestión de saber si, en este supuesto, puede considerarse que hay violación de la prohibición de discriminación consagrada por la Directiva 71/305. En mi opinión, no hay duda alguna al respecto: si, como en el presente caso, la normativa danesa en materia de contratos públicos—incluso si es aplicada sin discriminación—es contraria al principio de igualdad de trato tal como resulta de la Directiva 71/05 y tal como ha sido reafirmado en la declaración común de julio de 1989, aquella normativa debe ser considerada incompatible con el Derecho comunitario.

20. A la luz de las precedentes consideraciones, propongo en consecuencia al Tribunal de Justicia que estime el recurso y condene en costas al Estado demandado.

19 — Sentencia de 26 de febrero de 1991 (C-292/89, Rec. p. I-745).