

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

de 26 de abril de 1994 *

En el asunto C-272/91,

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por los Sres. Antonio Aresu y Rafael Pellicer, miembros de su Servicio Jurídico, en calidad de Agentes, que designa, como domicilio en Luxemburgo el despacho del Sr. Georgios Kremis, miembro de su Servicio Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

parte demandante,

contra

República Italiana, representada por el Profesor Luigi Ferrari Bravo, Jefe del servizio del contenzioso diplomatico del ministero degli Affari esteri, en calidad de Agente, asistido por el Sr. Ivo M. Braguglia, avvocato dello Stato, que designa como domicilio en Luxemburgo la sede de la Embajada de Italia, 5, rue Marie-Adélaïde,

parte demandada,

que tiene por objeto que se declare que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 30, 52 y 59 del Tratado CEE y de los artículos 9 y 17 a 25 de la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO 1977, L 13, p. 1; EE 17/01, p. 29), en su versión modificada por la Directiva 88/295/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1988 (DO L 127, p. 1), al no haber comunicado, a efectos de la publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, en primer lugar, a principios

* Lengua de procedimiento: italiano.

de 1990, un anuncio indicativo relativo a la totalidad de los contratos públicos, por grupos de productos, cuyo importe estimado era igual o superior a 750.000 ECU, y que el ministerio delle Finanze se proponía adjudicar durante ese mismo año, y, en segundo lugar, en noviembre de 1990, un anuncio de licitación para la concesión del sistema de automatización del juego de la lotería que reservaba la participación en dicha licitación a las entidades, sociedades, consorcios o grupos cuyo capital social, considerado aislada o conjuntamente, fuera en su mayor parte público,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

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

Abogado General: Sr. C. Gulmann;
Secretario: Sr. J.-G. Giraud;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídos los informes orales de las partes en la vista celebrada el 26 de mayo de 1993;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 14 de julio de 1993;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 18 de octubre de 1991, 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 la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 30, 52 y 59 del Tratado CEE y de los artículos 9 y 17 a 25 de la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO 1977, L 13, p. 1; EE 17/01, p. 29), en su versión modificada por la Directiva 88/295/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1988 (DO L 127, p. 1), al no haber comunicado, a efectos de la publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, en primer lugar, a principios de 1990, un anuncio indicativo relativo a la totalidad de los contratos públicos, por grupos de productos, cuyo importe estimado era igual o superior a 750.000 ECU, y que el ministero delle Finanze se proponía adjudicar durante ese mismo año, y, en segundo lugar, en noviembre de 1990, un anuncio de licitación para la concesión del sistema de automatización del juego de la lotería que reservaba la participación en dicha licitación a las entidades, sociedades, consorcios o grupos cuyo capital social, considerado aislada o conjuntamente, fuera en su mayor parte público.

- 2 Los hechos del litigio están resumidos en los apartados 6 a 16 del auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 31 de enero de 1992 (C-272/91 R, Rec. p. I-457), dictado en relación con una demanda de medidas provisionales interpuesta por la Comisión en el marco de presente recurso y por el que se ordena a la República Italiana que adopte las medidas necesarias para suspender los efectos jurídicos del Decreto del ministro delle Finanze de 14 de junio de 1991, por el que se adjudicó la concesión del sistema de automatización del juego de la lotería al consorcio Lottomatica, así como la ejecución del contrato celebrado para tal fin.

Sobre el motivo basado en el incumplimiento de los artículos 52 y 59 del Tratado

- 3 La Comisión alega que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben con arreglo a los artículos 52 y 59 del Tratado al reservar la participación en la licitación relativa a la concesión del sistema de automatización del juego italiano de la lotería a «entidades, sociedades, consorcios o grupos en cuyo capital social, considerado aislada o conjuntamente, participe mayoritariamente el sector público».

- 4 En efecto, en su opinión se trata de un caso de aplicación concreta de la reserva que el Tribunal de Justicia condenó en la sentencia de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia (C-3/88, Rec. p. 4035), y según la cual únicamente las sociedades en que el Estado o el sector público tuviera, de forma directa o indirecta, una participación mayoritaria o total tenían la posibilidad de celebrar convenios con el Estado italiano relativos a la realización de sistemas informáticos por cuenta de la Administración pública.
- 5 El Gobierno italiano niega el incumplimiento alegado. Sostiene que los contratos públicos objeto de la citada sentencia se referían al suministro de sistemas informáticos, cuya gestión también corría a cargo del suministrador en calidad de prestador de servicios en provecho de la Administración, mientras que el contrato público de que se trata en el presente recurso, como se desprende, en particular, del programa técnico adjunto al pliego de cláusulas administrativas particulares de la licitación controvertida, se refiere a una concesión por la que la Administración de que se trata transfirió a un tercero el ejercicio de actividades propias de la autoridad pública, a saber, una parte de las facultades de organización, de inspección y de testimonio relativas al juego de la lotería que, con arreglo a la legislación italiana, está estrictamente reservado al Estado. Ahora bien, de conformidad con el artículo 55 del Tratado, lo dispuesto en los artículos 52 y 59 no es aplicable a las actividades relacionadas, en los Estados miembros, con el ejercicio del poder público.
- 6 Procede destacar que, como el Abogado General ha demostrado en los puntos 18 a 23 de sus conclusiones, la introducción del sistema de automatización controvertido que, según la licitación de que se trata, comprende los locales, los suministros, la instalación, el mantenimiento, el funcionamiento, la transmisión de datos, así como cualquier otro elemento necesario para explotar el juego de la lotería, no lleva consigo ninguna transferencia de responsabilidades al concesionario en lo que se refiere a las distintas operaciones inherentes al juego de la lotería.
- 7 En efecto, en primer lugar, los receptores de la lotería siguen siendo responsables de la recogida de apuestas, y la función del terminal de concesionario se limita al registro, al control automático y a la transmisión de los datos procedentes de las manipulaciones del responsable del establecimiento receptor. Según el programa

técnico, este último debe poder corregir el registro en caso de error e incluso anular un billete expedido por el terminal.

- 8 En segundo lugar, las extracciones son efectuadas por comisiones de extracción (commissioni di estrazione), que son órganos públicos, al igual que las comisiones de zona (commissioni di zona), que siguen siendo responsables del control y de la validación de los billetes ganadores.
- 9 En tercer lugar, como el propio Gobierno italiano ha admitido, sigue siendo la Administración pública la que aprueba y paga los premios en último término.
- 10 En cuarto lugar, el hecho de que el primer punto del programa técnico establezca que la licitación también se refiere a «cualquier otro elemento necesario para el funcionamiento del juego» no permite concluir que el concesionario esté relacionado con el ejercicio del poder público, sino que simplemente significa que éste debe operar dentro de los límites de la concesión.
- 11 En quinto lugar, no puede mantenerse, como hace el Gobierno italiano, que los pagos voluntarios a que proceden los participantes en el juego de la lotería constituyen una exacción fiscal que implica que el concesionario participa en el ejercicio del poder público.
- 12 En estas circunstancias, las prestaciones que corresponden al concesionario del sistema de automatización del juego de la lotería, a saber, en particular, la concepción del sistema informatizado y del programa informático, así como la gestión de dicho sistema, no se diferencian de las prestaciones, de carácter técnico, derivadas de los convenios relativos a la elaboración de sistemas informáticos por cuenta de la Administración pública de que se trata en la citada sentencia Comisión/Italia.

- 13 Por consiguiente, como las actividades de que se trata no están comprendidas en la excepción prevista por el artículo 55 del Tratado, procede concluir que la reserva controvertida es contraria a los artículos 52 y 59 del Tratado y estimar el motivo basado en la infracción de dichos artículos.

Sobre el motivo basado en la infracción del artículo 30 del Tratado

- 14 Procede destacar que, para apoyar el motivo basado en la infracción del artículo 30, la Comisión se ha limitado a afirmar, durante la fase administrativa previa, que la reserva controvertida, es decir, la limitación de la participación en el contrato público de que se trata a las entidades, sociedades, consorcios o grupos cuyo capital social, considerado aislada o conjuntamente, fuera en su mayor parte público, excluye de hecho a las sociedades de los demás Estados miembros que no pueden proponer sus sistemas informáticos ni sus «programas informáticos» para gestionar el servicio a que se refiere el contrato público. Según la Comisión, de ello se sigue que dicha reserva, al igual que la medida controvertida en la sentencia de 20 de marzo de 1990, *Du Pont de Nemours Italiana* (C-21/88, Rec. p. I-889), según la cual un determinado porcentaje de los contratos públicos de suministro se reservaba a las empresas en determinadas regiones del territorio nacional, tiene por efecto que los productos originarios de los demás Estados miembros son objeto de una discriminación respecto de los productos fabricados en el Estado miembro de que se trata, de modo que el curso normal de los intercambios intracomunitarios se ve obstaculizado.
- 15 Procede declarar que la Comisión no ha expuesto las razones por las que considera que la exclusión de las empresas extranjeras de la participación en el contrato público controvertido impide que el adjudicatario utilice productos originarios de otros Estados miembros en la puesta en práctica del sistema informático de que se trata.
- 16 Ahora bien, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véase, en particular, la sentencia de 14 de febrero de 1984, *Comisión/Alemania*, 325/82, Rec. p. 777), el

escrito de requerimiento y el dictamen motivado deben estar suficientemente motivados para que el Estado miembro de que se trata pueda preparar su defensa. Por las razones anteriormente expuestas, no es este el caso.

- 17 De ello se sigue que debe declararse de oficio la inadmisibilidad del motivo basado en la infracción del artículo 30.

Sobre los motivos basados en la infracción de la Directiva 77/62 en su versión modificada por la Directiva 88/295

- 18 Primeramente, la Comisión imputa a la República Italiana la infracción del artículo 9 de la Directiva 77/62, en su versión modificada por la Directiva 88/295 (en lo sucesivo, «Directiva»), al no haber comunicado, a efectos de la publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, en primer lugar, a principios de 1990, un anuncio indicativo relativo a la totalidad de los contratos públicos, por grupos de productos, cuyo importe estimado era igual o superior a 750.00 ECU, y que el ministerio delle Finanze se proponía adjudicar durante ese mismo año, y, en segundo lugar, en noviembre de 1990, un anuncio de licitación para la concesión del sistema de automatización del juego de la lotería. En segundo lugar, considera que la República Italiana también ha infringido los artículos 17 a 25 de dicha Directiva, al reservar la participación en dicha licitación a las entidades, sociedades, consorcios o grupos cuyo capital social, considerado aislada o conjuntamente, fuera en su mayor parte público.

- 19 A tenor de los apartados 1, 2 y 4 del artículo 9 de la Directiva:

«1. Los poderes adjudicadores enumerados en el Anexo I de la Directiva 80/767/CEE darán a conocer, a partir del 1 de enero de 1989, lo antes posible después del comienzo de sus ejercicios presupuestarios, por medio de un anuncio indicativo, las contrataciones totales por grupos de productos cuyo valor estimado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la presente Directiva, sea igual o superior a 750.000 ECU y que tengan intención de someter a la contratación pública durante los doce meses siguientes.

El Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, se pronunciará antes del 1 de marzo de 1990 sobre la extensión de esta obligación a los otros poderes adjudicadores previstos en el artículo 1.

2. Los poderes adjudicadores que deseen acudir a la contratación pública de suministro por procedimiento abierto o restringido o, en las condiciones establecidas en el apartado 3 del artículo 6, por procedimiento negociado, con arreglo al artículo 1, darán a conocer su propósito por medio de un anuncio.

[...]

4. Los anuncios previstos en los apartados 1, 2 y 3 serán enviados por el poder adjudicador a la mayor brevedad posible y por la vía más adecuada a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. En el caso del procedimiento acelerado previsto en el artículo 12, los anuncios se enviarán obligatoriamente por telex, telegrama o telecopiadora.

a) El anuncio previsto en el apartado 1 se enviará lo antes posible después del comienzo de cada ejercicio presupuestario;

b) El anuncio previsto en el apartado 3 se enviará a más tardar cuarenta y ocho días después de la aprobación del contrato en cuestión.»

20 En cuanto a los artículos 17 a 25 de la Directiva, enumeran los criterios de selección cualitativa y de adjudicación del contrato.

- 21 Según el Gobierno italiano, las disposiciones citadas no son aplicables al caso de autos.
- 22 A este respecto, sostiene, en primer lugar, que la licitación controvertida está excluida del ámbito de aplicación de la Directiva en la medida en que el contrato público de que se trata no tiene por objeto el suministro de bienes en favor de los poderes adjudicadores, sino la concesión por la Administración a un tercero de una actividad propia del ejercicio del poder público en materia de fiscalidad y caracterizada por no existir transferencia de bienes ni pago de precio en contrapartida de dicha transferencia.
- 23 Debe desestimarse esta alegación.
- 24 Como se desprende de los apartados 7 a 11 de la presente sentencia, la introducción del sistema de automatización controvertido no implica ninguna transferencia de responsabilidades al concesionario por lo que se refiere a las distintas operaciones inherentes al juego de la lotería. Por otra parte, consta que el contrato público controvertido tiene por objeto el suministro de un sistema de automatización integrado, que comprende, en particular, el suministro de ciertos bienes a la Administración.
- 25 Contrariamente a la tesis del Gobierno italiano, es indiferente, en este contexto, que la Administración no adquiriera la propiedad del sistema de que se trata hasta el término de las relaciones contractuales con el adjudicatario y que el «precio» de dicho suministro constituya una retribución anual proporcional al volumen de los ingresos. Como el Abogado General destacó pertinentemente en el punto 40 de sus conclusiones, la ampliación, en el artículo 2 de la Directiva 88/295, de la definición del ámbito de aplicación de la Directiva a los contratos «que tengan por objeto la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento o la venta a plazos, con o sin opción de compra, de productos» demuestra la voluntad del legislador comunitario de incluir en el ámbito de aplicación de la Directiva también el suministro

de productos cuya propiedad la Administración no adquiere necesariamente y cuya contrapartida está fijada de manera abstracta.

- 26 Seguidamente, el Gobierno italiano mantiene que la Administración concedente, es decir, la Administración Autónoma de los Monopolios del Estado (en lo sucesivo, «AAMS»), no está incluida en la lista de poderes adjudicadores que figuran en el Anexo I de la Directiva 80/767/CEE del Consejo, de 22 de julio de 1980, adaptando y completando, en lo que concierne a determinados poderes adjudicadores, la Directiva 77/62/CEE (DO L 215, p. 1; EE 17/01, p. 83). Por consiguiente, el artículo 9 de la Directiva 77/62 modificada, que expone las normas de publicidad obligatorias para los órganos de contratación mencionados en dicho Anexo, no es aplicable, en su opinión, al caso de autos. Este punto de vista se ve confirmado en la nota 2 de la parte de la lista que se refiere a Italia, la cual formula la reserva siguiente acerca del ministero delle Finanze: «excluidos los contratos adjudicados por la Administración de Tabaco y Sal». Efectivamente, según el Gobierno italiano, dicha reserva se refiere no sólo a los contratos públicos adjudicados por la Administración de Tabaco y Sal, gestionada por la AAMS en el momento de la adopción de dicha Directiva, sino también a todas las demás actividades que a partir de ahora gestiona dicha Administración.

- 27 Esta alegación es infundada.

- 28 Como la Comisión ha destacado pertinentemente, se desprende del apartado 4 del artículo 4 de la Ley italiana n° 528, de 2 de agosto de 1982 (GURI n° 222 de 13.8.1982), en su versión modificada por el artículo 2 de la Ley n° 85, de 19 de abril de 1990 (GURI n° 97 de 27.4.1990), que el ministero delle Finanze italiano es el único órgano de contratación autorizado del contrato público de que se trata. En todo caso, la AAMS, que gestiona el juego de la lotería, es una mera unidad administrativa, sin personalidad jurídica autónoma, del ministero delle Finanze, de modo que los actos formalmente imputables a la AAMS dependen, en cuanto al fondo, de la esfera de decisión de dicho Ministerio.

29 Por lo que respecta a la nota 2 del Anexo I de la Directiva 80/767, de su mismo texto se desprende que se refiere únicamente a los contratos públicos adjudicados por la Administración de Tabaco y Sal.

30 Por último, el Gobierno italiano mantiene que, de todos modos, por tratarse en el caso de autos de la atribución al concesionario de un derecho especial y exclusivo de ejercer una actividad de servicio público, a saber, al menos en parte, el juego de la lotería, la única norma que debe respetarse es la formulada en el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva. A tenor de dicha disposición, «cuando un Estado, un ente público territorial o una de las personas jurídicas de Derecho público o entidades equivalentes enumeradas en el Anexo I otorgue derechos especiales o exclusivos para el ejercicio de una actividad de servicio público a cualquier entidad diferente de los poderes adjudicadores, cualquiera que fuere su estatuto jurídico, el acto por el que dicho derecho se otorgue estipulará que la entidad interesada deberá respetar el principio de no discriminación en razón de la nacionalidad en los contratos públicos de suministro que celebre con terceros en el marco de esa actividad».

31 Esta alegación también debe desestimarse.

32 En efecto, como se desprende de los apartados 7 a 11 de la presente sentencia, la organización del juego de la lotería no se transfiere al concesionario, cuya tarea se limita a actividades de carácter técnico vinculadas con la puesta en práctica y la gestión del sistema de automatización. Esas actividades consisten, por una parte, en la prestación de servicios a la Administración pública y, por otra parte, en la entrega de determinados bienes a ésta.

33 Por consiguiente, procede concluir que las disposiciones de la Directiva invocadas por la Comisión son aplicables al caso de autos y examinar los motivos basados en su infracción.

- 34 Por lo que respecta al motivo basado en la infracción del artículo 9 de la Directiva, la República Italiana no niega que los anuncios de que se trata no fueron comunicados.
- 35 En cuanto al motivo basado en la infracción de los artículos 17 a 25 de la Directiva, procede destacar que estas disposiciones enumeran exhaustiva e imperativamente los criterios de selección cualitativa y de adjudicación del contrato público y que no prevén la posibilidad de reservar la participación en dicho contrato a las entidades, sociedades, consorcios o grupos cuyo capital social, considerado aislada o conjuntamente, sea mayoritariamente público.
- 36 De las consideraciones precedentes se desprende que los motivos basados en la infracción de la Directiva 77/62, en su versión modificada por la Directiva 88/295, deben ser igualmente estimados.

Costas

- 37 A tenor del apartado 2 del artículo 69 del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas. Por haber sido desestimados, en lo fundamental, los motivos formulados por la parte demandada, procede condenarla en costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

decide:

- 1) Declarar que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 52 y 59 del Tratado CEE y de los artículos 9 y 17 a 25 de la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, en su versión modificada por la Directiva 88/295/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1988, al no haber publicado, a efectos de la comunicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, en primer lugar, a principios de 1990, un anuncio indicativo relativo a la totalidad de los contratos públicos, por grupos de productos, cuyo importe estimado era igual o superior a 750.000 ECU, y que el ministerio delle Finanze se proponía adjudicar durante ese mismo año, y, en segundo lugar, en noviembre de 1990, un anuncio de licitación para la concesión del sistema de automatización del juego de la lotería que reservaba la participación en dicha licitación a las entidades, sociedades, consorcios o grupos cuyo capital social, considerado aislada o conjuntamente, fuera en su mayor parte público.
- 2) Desestimar el recurso en todo lo demás.
- 3) Condenar en costas a la República Italiana.

Due

Mancini

Moitinho de Almeida

Díez de Velasco

Kakouris

Joliet

Schockweiler

Grévisse

Zuleeg

Kapteyn

Murray

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 26 de abril de 1994.

El Secretario

El Presidente

R. Grass

O. Due