



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentadas el 28 de febrero de 2018¹

Asunto C-14/17

**VAR, Srl
contra
Iveco Orecchia SpA,
con intervención de:
Azienda de Trasporti Milanesi SpA - (ATM)**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia)]

«Cuestión prejudicial — Contrato de transporte — Suministro de repuestos para autobús, trolebús y tranvía — Especificaciones técnicas — Productos equivalentes a los de una marca determinada — Prueba de la equivalencia — Ley nacional que permite probar la equivalencia después de la adjudicación del contrato»

1. Las entidades adjudicadoras han de definir, en los pliegos de condiciones que publican, las características de las obras, de los servicios o de los suministros que se proponen adquirir en el marco de la contratación pública. Entre esas características pueden hallarse las correspondientes a las «especificaciones técnicas» de los respectivos productos o servicios.
2. La descripción sesgada de esas especificaciones técnicas puede implicar, cuando menos, una importante «barrera de entrada» a ciertos licitadores y, en casos extremos, predeterminar (incluso fraudulentamente) la elección final del adjudicatario, si se consignan características de productos o servicios que solo él está en condiciones de ofrecer.
3. La preocupación por evitar estas prácticas irregulares y el designio de «permitir la apertura de los contratos públicos a la competencia»² han llevado al legislador de la Unión a instaurar unas previsiones normativas en esta materia. Entre ellas se cuenta el artículo 34, apartado 8, de la Directiva 2004/17/CE,³ aplicable a este litigio, según el que, de manera excepcional, es posible «hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados», siempre que vaya acompañada de la mención «o equivalente».
4. En el pleito que el órgano jurisdiccional italiano ha de dirimir, el pliego de condiciones hacía uso de esa previsión excepcional, indicando que el contrato tenía por objeto el «suministro de piezas de recambio originales y/o de primer montaje y/o equivalentes para autobuses, trolebuses y tranvías fabricados por Iveco».

¹ Lengua original: español.

² Considerando vigésimo noveno de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO 2004, L 134, p. 114).

³ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DO 2004, L 134, p. 1)

5. La controversia no gira sobre la validez de esta especificación técnica en sí misma (pues respetaba la posibilidad de suministrar piezas equivalentes), sino sobre el momento en el que el licitador ha de facilitar el certificado de la equivalencia de los recambios.

6. Según el pliego de condiciones, la prueba se podía presentar al poder adjudicador, una vez adjudicado el contrato, «con ocasión de la primera entrega de un recambio equivalente». El tribunal de reenvío duda, sin embargo, de que esa cláusula sea conforme al artículo 34 de la Directiva 2004/17. Así ocurriría si, con arreglo a este precepto, la prueba de la equivalencia hubiera de acompañar obligatoriamente a la oferta o, en todo caso, aportarse antes de la adjudicación del contrato.

I. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión Europea. Directiva 2004/17

7. El artículo 34 establece:

«1. Las especificaciones técnicas definidas en el punto 1 del anexo XXI figurarán en la documentación del contrato, tal como los anuncios de licitación, el pliego de condiciones o los documentos complementarios. En la medida de lo posible, estas especificaciones técnicas deberían definirse teniendo en cuenta los criterios de accesibilidad para personas con discapacidades o el diseño para todos los usuarios.

2. Las especificaciones técnicas nacionales deberán permitir a los licitadores el acceso en condiciones de igualdad y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.

3. Sin perjuicio de las normas técnicas nacionales con fuerza legal, en la medida en que sean compatibles con la legislación comunitaria, las especificaciones técnicas deberán formularse:

- a) bien por referencia a especificaciones técnicas definidas en el anexo XXI y, por orden de preferencia, a las normas nacionales por las que se adaptan las legislaciones nacionales a las normas europeas, a los documentos de idoneidad técnica europeos, a las especificaciones técnicas comunes, a las normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en su defecto, a las normas nacionales, a los documentos de idoneidad técnica nacionales o a las especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y ejecución de obras y de uso de productos. Cada referencia deberá ir acompañada de la mención “o equivalente”;
- b) bien en términos de rendimiento o exigencias funcionales, pudiendo esta última incluir características medioambientales. No obstante, estos parámetros deberán ser suficientemente precisos para permitir a los licitadores determinar el objeto del contrato y a las entidades adjudicadoras adjudicar el contrato;
- c) bien en los términos de rendimiento o exigencias funcionales mencionados en la letra b), haciendo referencia, como medio de presunción de conformidad con estas exigencias de rendimiento o funcionales, a las especificaciones contempladas en la letra a);
- d) bien mediante referencia a las especificaciones técnicas de la letra a) para ciertas características, y mediante referencia al rendimiento o exigencias funcionales de la letra b) para otras características.

4. Cuando las entidades adjudicadoras hagan uso de la opción de referirse a las especificaciones señaladas en la letra a) del apartado 3, no podrán rechazar una oferta basándose en que los productos y servicios ofrecidos no son conformes a las especificaciones a que se hayan referido, siempre que en su oferta el licitador pruebe, a satisfacción de la entidad adjudicadora y por cualquier medio adecuado, que las soluciones que propone cumplen de forma equivalente los requisitos definidos por las especificaciones técnicas.

Un expediente técnico del fabricante o un informe de pruebas de un organismo reconocido podrían constituir un medio adecuado.

[...]

8. Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal mención o referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato con arreglo a los apartados 3 y 4, y deberá ir acompañada de la mención “o equivalente”».

8. El artículo 54, bajo el enunciado «Criterios de selección cualitativa», dispone:

«1. Las entidades adjudicadoras que fijen criterios de selección en un procedimiento abierto deberán hacerlo según normas y criterios objetivos [...]».

B. Derecho italiano

9. El artículo 68, apartado 13, del Decreto Legislativo n.º 163 de 2006 recoge:⁴

«Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados que tenga por efecto favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal mención o referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación de los apartados 3 y 4, siempre que venga acompañada de la expresión “o equivalente”».

II. Hechos del litigio y cuestión prejudicial

10. La Azienda Trasporti Milanese (en lo sucesivo, «ATM») inició un procedimiento abierto⁵ para la adjudicación del «suministro de piezas de recambio originales y/o de primer montaje y/o equivalentes para autobuses, trolebuses y tranvías fabricados por Iveco».

11. El importe del contrato ascendía a 3 350 000,00 euros más IVA, correspondientes al suministro de 2 195 piezas de recambio de la marca IVECO/FIAT, o equivalentes. El criterio de adjudicación era el precio más bajo, con posibilidad de nueva puja tras las primeras ofertas y entre los postores situados en primer lugar.

⁴ Decreto Legislativo de 12 de abril de 2006, mediante el que se transponen las Directivas 2004/17 y 2004/18 (GURI n.º 100, de 2 de mayo de 2006).

⁵ El anuncio fue publicado en el suplemento del *Diario Oficial de la Unión Europea* de 25 de febrero de 2015 (2015/S 039-067523).

12. El pliego de condiciones establecía que:

- Por «recambios originales» debían entenderse bien los «elaborados por el propio fabricante del vehículo», bien los «elaborados por los suministradores del fabricante del vehículo [...] respecto de los que el productor certifique que han sido elaborados conforme a las especificaciones y a las normas de producción definidas por el fabricante del vehículo».
- Los «recambios equivalentes» se describían como los «fabricados por cualquier empresa que certifique que su calidad se corresponde con la de los componentes utilizados para el montaje del vehículo y con las piezas de recambio suministradas por el fabricante del vehículo».⁶

13. El pliego de condiciones precisaba que, «con ocasión de la primera entrega de un recambio equivalente, el suministrador debe aportar la certificación de equivalencia al original, condición necesaria para la aceptación del producto».⁷

14. Concurrieron a la licitación únicamente VAR, s.r.l., con recambios equivalentes, e Iveco Orecchia, s.p.a., con recambios originales. El contrato fue adjudicado a VAR.

15. Iveco Orecchia recurrió esta decisión ante el Tribunal Amministrativo Regionale della Lombardia — Milano (Tribunal regional de lo contencioso-administrativo de Lombardía — Milán, Italia) que, por sentencia n.º 679, de 11 de abril de 2016, estimó el recurso.

16. Para el tribunal de instancia, incumbía al licitador, a tenor del artículo 68 del Decreto Legislativo n.º 163 de 2006, probar, en el marco del procedimiento, la equivalencia de las piezas propuestas con las originales. Por tanto, era pertinente la exclusión de VAR, al haber declarado su voluntad de ofrecer recambios equivalentes a los originales (tal como permitía la *lex specialis*) sin proporcionar, ni junto con la oferta ni durante el desarrollo de la licitación, los certificados de equivalencia con los productos originales ni ninguna otra prueba.

17. Recurrida la sentencia ante el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia), este órgano jurisdiccional destaca cómo el pliego de condiciones no obligaba al licitador a demostrar la equivalencia antes de la adjudicación del contrato, sino con ocasión de la primera entrega de los repuestos.

18. Considera ese mismo órgano jurisdiccional que, siendo la norma italiana de transposición de la Directiva 2004/17 copia literal del artículo 34, apartado 8, de esta, se puede excluir, en principio, cualquier fricción entre el derecho interno y el de la Unión. No obstante, duda sobre si cabría una interpretación sistemática de la Directiva 2004/17, de modo que, conforme a ella, la prueba de la equivalencia debiera aportarse, forzosamente, en el momento de presentación de la oferta.

19. En este contexto, el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) eleva al Tribunal de Justicia las siguientes preguntas prejudiciales:

- «a) Con carácter principal, ¿debe interpretarse el artículo 34, apartado 8, de la Directiva 2004/17/CE en el sentido de que obliga a probar la equivalencia con los productos originales de los productos que han de suministrarse ya en el momento de la presentación de la oferta?

⁶ Documento «specifica tecnica», apartados 2.1 y 2.2.

⁷ *Ibidem*, apartado 5.

- b) Con carácter subsidiario respecto a la primera cuestión, en el caso de respuesta negativa a la cuestión de interpretación formulada en la letra a) anterior: ¿con arreglo a qué modalidades debe garantizarse el respeto de los principios de igualdad de trato e imparcialidad, de plena competencia y de buena administración, así como del derecho de defensa y a un procedimiento contradictorio de los demás licitadores?»

III. Síntesis de las observaciones de las partes

20. Para VAR y la ATM, se debe dar una respuesta negativa a la primera pregunta prejudicial. Partiendo de que la interpretación de las disposiciones del derecho de la Unión tiene que atender no solo a su tenor literal, sino también al contexto y a la finalidad que persiguen, argumentan que:

- El artículo 34, apartado 8, de la Directiva 2004/17 no contiene ninguna previsión relativa a que los licitadores deban incluir, junto con sus ofertas, una prueba de equivalencia.
- En los apartados 3 y 4 del artículo 34 de la Directiva 2004/17 se describe la calidad de los productos solicitados. Consecuentemente, el licitador que se proponga presentar una oferta relativa a los productos contemplados en el apartado 4, cuyas características técnicas no se ajusten a las señaladas en las especificaciones técnicas del pliego de licitación, habrá de probar que las alternativas que ofrece son funcionalmente equivalentes para satisfacer las necesidades del poder adjudicador.
- En el supuesto del artículo 34, apartado 8, de la Directiva 2004/17, por el contrario, no se describen las características, las funciones y el rendimiento del producto demandado; solo se requiere el suministro del mismo producto definido en el pliego, pero de una procedencia distinta de la del elaborado por el fabricante originario, porque se trata de casos en los que tal descripción no es posible si no se indica mediante una marca determinada.
- En esta situación, para proteger la libre competencia, se permite a los licitadores ofrecer productos equivalentes, aunque sean de otra marca, sin que deban adjuntar prueba de la equivalencia conforme al artículo 34, apartados 3 y 4, de la Directiva 2004/17. Una interpretación en sentido inverso conduciría a resultados injustos y no se comprendería por qué, cuando el poder adjudicador acude a la referencia a una marca con ánimo de simplificar el procedimiento, el licitador se habría de encontrar ante una tesitura más desfavorable que si se hubiesen utilizado los medios clásicos de definir las características técnicas.
- Exigir que la prueba de equivalencia sea aportada junto a la oferta pugnaría con el objetivo de facilitar la apertura de los contratos públicos a la competencia, pues implicaría disponer de ella por anticipado, en relación con un número elevado de productos (en ocasiones, miles) que, a la postre, la Administración puede no adquirir. Es, pues, una carga inútil y gravosa, que haría excesivamente difícil la participación en estos procedimientos de los suministradores de «productos equivalentes», en beneficio de los distribuidores de piezas de recambio originales y de los fabricantes de vehículos.
- La Comunicación de la Comisión, de 28 de mayo de 2010, sobre directrices suplementarias relativas a las restricciones verticales incluidas en los acuerdos de venta y reparación de vehículos de motor y de distribución de recambios para vehículos de motor,⁸ confirmaría, en lo relativo a la política de competencia en el sector del automóvil, la necesidad de proteger el acceso de los fabricantes de piezas de recambio al mercado de segunda mano. Se garantiza así que los recambios de marcas de la competencia sean accesibles de manera permanente para los talleres de reparación, independientes o autorizados, así como para los distribuidores mayoristas.

⁸ (DO 2010, C 138, p. 16; en lo sucesivo, «Directrices suplementarias»)

21. En cuanto a la segunda pregunta, VAR y la ATM opinan que los mecanismos para garantizar el respeto de los principios a los que alude el tribunal de reenvío derivan de los documentos del procedimiento de contratación, tal como lo haya fijado el poder adjudicador.

22. Iveco Orecchia, el Gobierno italiano y la Comisión mantienen que el artículo 34, apartado 8, de la Directiva 2004/17 no exige la aportación de una prueba de equivalencia con la oferta, pero, interpretado desde el punto de vista sistemático, conduce a esta conclusión.

23. Según Iveco Orecchia y el Gobierno italiano, la presentación ha de hacerse junto con la oferta, mientras que, para la Comisión, basta que lo sea a lo largo del procedimiento de licitación, pero siempre antes de la adjudicación del contrato. Sus argumentos pueden sintetizarse de este modo:

- Si el artículo 34, apartados 4 y 5, de la Directiva 2004/17 señala la oferta como el momento en el que el licitador debe entregar la prueba de equivalencia, el apartado 8 del mismo artículo, al guardar silencio, no supone que haya una derogación de esa regla.
- El apartado 8 del artículo 34 de la Directiva 2004/17 tendría por objeto, por una parte, prohibir la mención en el pliego de licitación de especificaciones técnicas alusivas a una fabricación o procedencia determinada y, por otra, indicar en qué casos excepcionales tal expresión se permite. Se trataría de un contenido específico que el legislador de la Unión da a este precepto, de manera que no es sorprendente que no haya reparado en la necesidad de indicar, adicionalmente, el momento en el que la prueba de equivalencia ha de incorporarse.
- Independientemente del objeto del contrato, la finalidad de la prueba de equivalencia es que el poder adjudicador verifique en qué medida el licitador puede satisfacer las condiciones del propio contrato. Esta demostración ha de practicarse en el curso del procedimiento de adjudicación, ya que, a su término, el poder adjudicador habrá de decidir sobre la atribución, en función de la mejor adecuación de la oferta a los términos de la licitación.
- Una interpretación diferente conduciría a un conflicto entre los apartados 4 y 5 del artículo 34 de la Directiva 2004/17, por un lado, y su apartado 8, por otro lado, en transgresión del principio de igualdad de trato. Si a los licitadores les estuviera permitido llevar a cabo la prueba de equivalencia una vez que el contrato ha sido adjudicado, las ofertas no serían ya comparables y algunos licitadores podrían haber presentado estas pruebas, mientras que otros podrían reservarse para hacerlo con posterioridad.
- Más importante aún, el poder adjudicador correría el riesgo de comprometerse a adquirir productos no aptos para la satisfacción de sus necesidades, quedándole como única opción la de declarar la nulidad del contrato, lo que, afirman, no era la intención del legislador de la Unión al redactar la Directiva 2004/17.
- Esta interpretación estaría confirmada por otros preceptos de la Directiva 2004/17, como el artículo 49, apartado 2, segundo guion, en el que se prevé que «la entidad adjudicadora comunicará cuanto antes [...] las razones por las que se haya desestimado su oferta, incluidos [...] los motivos de su decisión de no equivalencia o de su decisión de que las obras, suministros o servicios no se ajustan a las prescripciones de rendimiento o a las exigencias funcionales requeridas». Esto implica, por supuesto, que el examen de la equivalencia del producto, en relación con el descrito en el pliego de condiciones, mediante el empleo de especificaciones técnicas, se efectúa antes de adjudicar el contrato.
- El artículo 51, apartado 3, de la Directiva 2004/17 iría en la misma dirección. La prueba de equivalencia es imprescindible para verificar que la oferta se acomoda a las especificaciones técnicas, lo que ha de hacerse, en todo caso, antes de la adjudicación del contrato.

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

24. El auto de remisión prejudicial tuvo entrada en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 11 de enero de 2017.

25. Han depositado observaciones escritas VAR, Iveco Orecchia, la ATM, el Gobierno italiano y la Comisión Europea. Con excepción del Gobierno italiano, todos ellos comparecieron en la vista celebrada el 6 de diciembre de 2017.

V. Apreciación

A. *Observaciones preliminares*

26. Como ya he avanzado, la formulación de especificaciones técnicas en las cláusulas que rigen la licitación de los contratos públicos puede ejercer una influencia notable (eventualmente, negativa) sobre la competencia, erigiendo barreras injustificadas a la participación de los agentes económicos.

27. La inquietud del legislador de la Unión en esta materia es patente, por lo que incluyó en el artículo 34, apartado 2, de la Directiva 2004/17 la regla de que «las especificaciones técnicas nacionales [...] no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia».⁹

28. Como el contrato objeto de litigio versa sobre el suministro de piezas de recambio de vehículos a motor, creo conveniente, antes de analizar la Directiva 2004/17, recordar que, en este sector, el legislador de la Unión ha combinado la defensa de la competencia con un régimen de exenciones por categorías, reflejado en el Reglamento (CE) n.º 1400/2002.¹⁰ En el marco de este Reglamento, pretendió, precisamente, preservar la concurrencia¹¹ entre los recambios originales y los recambios de calidad equivalente.¹²

29. La Comisión comparte ese mismo designio, lo que la llevó a aprobar, en el año 2010, unas Directrices suplementarias al Reglamento n.º 461/2010. En su apartado 18 subraya que, con ellas, pretende «proteger el acceso de los fabricantes de recambios a los mercados posventa de los vehículos de motor, velando así por que tanto los talleres de reparación independientes y autorizados como los mayoristas de recambios tengan acceso a las marcas de recambios de la competencia».

9 En idénticos términos se expresa el artículo 60, apartado 2, de la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17 (DO 2014, L 94, p. 243).

10 Reglamento de la Comisión, de 31 de julio de 2002, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor (conocido como «Reglamento Monti»; DO 2002, L 203, p. 30), sustituido, tras su expiración el 31 de mayo de 2010, por el Reglamento (UE) n.º 461/2010 de la Comisión, de 27 de mayo de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor (DO 2010, L 129, p. 52).

11 En el considerando vigésimo tercero del Reglamento n.º 1400/2002 se recoge que, «con el fin de garantizar una competencia efectiva en los mercados de reparación y mantenimiento y de permitir que los talleres de reparación ofrezcan a los usuarios finales recambios competidores, como los recambios originales y los recambios de calidad equivalente, la exención no cubrirá los acuerdos verticales que restrinjan la capacidad de los talleres de reparación autorizados pertenecientes al sistema de distribución de un fabricante de vehículos, de los distribuidores independientes de recambios, de los talleres de reparación independientes o de los usuarios finales de adquirir los recambios del fabricante de los mismos o de una tercera parte de su elección». En semejantes términos se expresa el considerando décimo séptimo del Reglamento n.º 461/2010, si bien desde la óptica de la restricción de la capacidad de venta por el fabricante de recambios y no desde la de la capacidad de adquisición.

12 Según el artículo 1, apartado 1, letra u), del Reglamento n.º 1400/2002, «se entenderá por "recambios de calidad equivalente" [...] exclusivamente a los recambios fabricados por cualquier empresa que pueda certificar en todo momento que los recambios en cuestión son de la misma calidad que los componentes que se utilizan o utilizaron para el montaje de los vehículos de motor en cuestión».

30. En esas mismas Directrices destaca la Comisión que «la disponibilidad de [recambios] reporta considerables beneficios a los consumidores, debido sobre todo a que suelen existir grandes diferencias de precio entre los recambios vendidos o revendidos por el fabricante y los recambios alternativos»¹³. La restricción de la competencia puede asimismo resultar especialmente lesiva para los consumidores al «limitar la oferta de productos, disminuir su calidad o reducir el nivel de innovación del producto».¹⁴

31. Es cierto que, mientras que la defensa de la competencia en relación con los acuerdos verticales centra la atención en el poder sobre el mercado de los productores y su influencia para controlar la oferta, la contratación pública se desenvuelve más bien en el ámbito de la demanda. Sin embargo, el mismo efecto limitador de la oferta puede ejercerse desde la perspectiva del poder adjudicador que demanda productos o servicios, si establece unas especificaciones técnicas que reduzcan injustificadamente el círculo de licitadores potenciales. Sobre esta base, los beneficios de la competencia en el campo de la contratación privada son trasladables al ámbito de la contratación pública.

32. Puede inferirse de estas intervenciones legislativas que, en el sector de la contratación privada de recambios de vehículos de motor, el principio de apertura a la competencia ha de promover, como tendencia, que puedan ofrecerse en paridad de condiciones las piezas originales y las de calidad equivalente. Esta misma tendencia ha de extenderse, con mayor motivo, a la contratación pública.

B. Sobre la primera pregunta prejudicial

33. La inclusión, en los anuncios de los contratos públicos o en sus pliegos de condiciones, de especificaciones técnicas que remiten a una marca determinada ya había sido examinada por el Tribunal de Justicia, antes de la aprobación de las Directivas de contratación pública de 2004.

34. Vigente la Directiva 77/62/CEE,¹⁵ en la sentencia Comisión/Países Bajos,¹⁶ el Tribunal de Justicia analizó la cláusula de un contrato público que designaba el sistema operativo «UNIX» sin incorporar la mención «o equivalente». Su juicio fue que «el hecho de no añadir la mención “o equivalente” después del término UNIX puede [...] disuadir a los operadores económicos que utilicen sistemas análogos a UNIX de participar en la licitación».

35. Esta línea jurisprudencial continuó bajo la Directiva 93/37/CEE.¹⁷ En la sentencia Comisión/Austria,¹⁸ el Tribunal de Justicia acogió la imputación de la Comisión, según la que la forma en la que ese Estado miembro había redactado la especificación técnica en el pliego de condiciones de un contrato público «tuvo como efecto favorecer a los “productos Unix”», con incumplimiento del artículo 10, apartado 6, de la Directiva 93/37.

36. La idea subyacente en esas sentencias era que el uso de una marca para definir las especificaciones técnicas, cuando se admite de modo excepcional, requiere ampliar el círculo de destinatarios con la locución «o equivalente». Así se posibilita que concurren otros licitadores diferentes de los que producen los artículos originales, lo que contribuye a impedir la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.

¹³ Directrices suplementarias, apartado 18.

¹⁴ *Ibidem*, apartado 28.

¹⁵ Directiva 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).

¹⁶ Sentencia de 24 de enero de 1995 (C-359/93, EU:C:1995:14), apartados 23 a 28. El ulterior auto de 3 de diciembre de 2001, Vestergaard (C-59/00, EU:C:2001:654), apartado 22, se remite a aquella sentencia.

¹⁷ Directiva del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO 1993, L 199, p. 54).

¹⁸ Sentencia de 28 de octubre de 1999 (C-328/96, EU:C:1999:526), apartado 68, en relación con el 78.

37. El artículo 34, apartado 8, de la Directiva 2004/17 no contiene ninguna indicación normativa sobre el momento en el que se debe probar, ante el poder adjudicador, la equivalencia de las piezas de recambio. Ese silencio permite a los Estados miembros regular la cuestión en derecho interno según sus propios criterios, bien sea mediante una norma de alcance general, bien dando libertad a sus poderes adjudicadores. No obstante, han de guiarse por los principios básicos inspiradores de la contratación pública.¹⁹

38. La interpretación del artículo 34, apartado 8, de la Directiva 2004/17 en unión de la de sus apartados 3 y 4 ¿debería conducir a que el certificado de equivalencia se tenga que aportar, ineludiblemente, junto con la oferta del licitador? Los argumentos que esgrimen quienes optan por esta solución no son desdeñables, desde la perspectiva de la garantía de acierto en la selección del contratista.²⁰

39. En efecto, esa prueba es uno de los elementos de juicio para que el poder adjudicador dilucide si el licitador se encuentra en condiciones de hacer frente a sus obligaciones contractuales. Debería, pues, ser previa a la adjudicación del contrato, porque, si no, la única salida sería resolver aquel por incumplimiento del contratista.

40. Además, habida cuenta de que el artículo 34, apartado 8, de la Directiva 2004/17 se limita a sentar la prohibición general de especificaciones técnicas que remitan a una marca determinada y a definir en qué casos excepcionales lo permite, lo pertinente sería aplicar los mismos criterios de sus apartados 3 y 4. A tenor de estos, parece que la prueba debe acompañar a la oferta.

41. Siendo este razonamiento aceptable, quizá no toma en consideración otros componentes del proceso decisorio. En concreto, los apartados 3 y 4 del artículo 34 de la Directiva 2004/17 dan al poder adjudicador un importante margen de apreciación al redactar las especificaciones técnicas para, desde un punto de vista funcional, afrontar los objetivos del contrato, de forma que los licitadores puedan presentar alternativas que los satisfagan, incluidas, obviamente, las soluciones *equivalentes* a las demandadas en el pliego. De ahí que sea lógico que, en aquellos supuestos, el poder adjudicador haya de contar desde el principio con los elementos de valoración, comprendidas las pruebas, de las diversas ofertas.

42. La perspectiva cambia ligeramente cuando las especificaciones técnicas aluden, de modo directo, a una marca o a un modelo de producto, como aquí ocurre. La regla general de la obligatoriedad de formular en términos abiertos las especificaciones técnicas, con arreglo al artículo 34, apartado 4, de la Directiva 2004/17, se reafirma en el apartado 8, al prohibir el cierre injustificado del campo de evaluación.

43. Lo que explica la mención singular de una marca, de una patente o de figuras similares (siempre con el añadido de sus «equivalentes») es que el espacio de indeterminación desaparece. Cuando, por ejemplo, solo es posible el suministro de recambios de vehículos correspondientes a una única marca (en este caso, IVECO), o sus equivalentes, el poder adjudicador ya ha optado por hacer «una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato». Esta es la diferencia clave respecto de los apartados 3 y 4 del artículo 34 de la Directiva 2004/17, que admite tratar de manera dispar las exigencias sobre los certificados de equivalencia.²¹

19 El considerando noveno de la Directiva 2004/17 destaca la apertura a la competencia de los contratos públicos, el respeto de los principios de igualdad de trato, del que el principio de no discriminación no es sino una expresión concreta, reconocimiento mutuo y proporcionalidad, así como el principio de transparencia.

20 La regulación de las especificaciones técnicas en la Directiva 2014/25 (artículo 60) no ha variado, ya que persiste, junto al régimen general (apartado 3), un régimen excepcional (apartado 4) que permite referirse a una marca «en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación» de la regla general, exigiendo que dicha referencia vaya acompañada de la mención «o equivalente». Los apartados 5 y 6 requieren que la prueba de equivalencia se aporte junto con la oferta en los supuestos del apartado 3, pero no en los del apartado 4.

21 Estas mismas reflexiones son, *mutatis mutandis*, aplicables a los artículos 49 y 51 de la Directiva 2004/17, invocados por alguna de las partes del litigio.

44. El poder adjudicador es quien se encuentra en una mejor posición para definir sus necesidades empleando especificaciones técnicas. En una situación como la del pleito principal, en la que no cabe más alternativa que la de la entrega de piezas de recambio correspondientes a un tipo específico de vehículos, la definición mediante la remisión a una marca parece adecuada y nadie la discute.

45. La Comisión pone el acento en que la falta de acreditación previa de la equivalencia crea el riesgo, para la entidad adjudicadora, de adquirir una serie de productos inadecuados y de verse abocada a la resolución del contrato. Para reforzar su tesis sobre la elección del mejor candidato, cita la sentencia CoNISMa,²² en la que el Tribunal de Justicia sostuvo que la armonización de las Directivas de contratación se establece también en interés de la entidad adjudicadora.

46. Sin duda, esa sentencia destaca la perspectiva del adquirente público, que debe velar por el interés general. Pero en ella, como en otras precedentes y ulteriores, también se destaca que «uno de los objetivos de las normas comunitarias en materia de contratos públicos es la apertura a la competencia más amplia posible [...] y que redunde en interés del derecho comunitario que se garantice la participación más amplia posible de licitadores en una licitación».²³ Y si, repito, el interés de la entidad adjudicadora está presente en la mencionada sentencia, lo es en la medida en que la mayor participación le permite llevar a cabo «una elección más vasta en cuanto a la oferta más ventajosa y mejor adaptada a las necesidades de la colectividad pública de que se trate».²⁴

47. Con todo, ni esa sentencia ni las anteriormente citadas responden de forma directa al dilema planteado en este reenvío, esto es, a cuándo, según la Directiva 2004/17, el licitador que ofrece unas piezas de recambio equivalentes ha de acreditar documentalmente que se acomodan a las originales.

48. Es legítima, desde luego, la preocupación por no frustrar el éxito del procedimiento, lo que podría ocurrir si el poder adjudicador que no la hubiera requerido previamente se encontrara, al final, con que el adjudicatario no está en condiciones de probar la equivalencia de las piezas.

49. Esta aspiración, sin embargo, no puede sobreponerse a los principios esenciales de la contratación pública, en particular, a los de garantizar a los licitadores el acceso en condiciones de igualdad y no enfrentarlos a «obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia». A uno y otro me referiré acto seguido.

50. El principio de igualdad de trato no padece si se otorga a todos los licitadores la oportunidad de aportar sus certificados de equivalencia en el momento de la entrega de los repuestos. Frente a lo que alguna de las partes ha alegado, esta previsión no *desequilibra* la posición de los licitadores, que son libres, a su elección, de adjuntar esas pruebas con sus ofertas o esperar al resultado de la adjudicación. Lo único que se les reclama, desde esta óptica, es que se atengan a la cláusula correspondiente, debiendo esta ser clara y aplicarse sin excepciones.²⁵

²² Sentencia de 23 de diciembre de 2009 (C-305/08, EU:C:2009:807).

²³ *Ibidem*, apartado 37.

²⁴ *Ibidem*, apartado 37 *in fine*.

²⁵ El Tribunal de Justicia ha repetido, en la sentencia de 13 de julio de 2017, *Ingsteel y Metrostav* (C-76/16, EU:C:2017:549), apartado 34, que «el principio de igualdad de trato obliga a que los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implica, por lo tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores. Por otro lado, el objetivo de la obligación de transparencia, que constituye su corolario, es garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador. Esta obligación implica que todas las condiciones y la regulación del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, en primer lugar, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, en segundo lugar, el poder adjudicador pueda comprobar efectivamente que las ofertas de los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (sentencia de 2 de junio de 2016, *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, apartado 36 y jurisprudencia citada)».

51. No creo, pues, que la igualdad de trato de los licitadores se vea comprometida por que la prueba de equivalencia pueda presentarse en la fase de ejecución del contrato. Por el contrario, su exigencia anticipada podría discriminar a los licitadores, al dar ventaja al fabricante de recambios originales, frente al licitador que propone recambios equivalentes, cuando este último no los haya fabricado antes. Es fácil suponer que, en muchos casos (este sería uno de ellos), el licitador que propone recambios equivalentes no posee, en el momento inicial, todos los certificados correspondientes a cada modelo.

52. En la vista se debatió sobre la forma en la que el poder adjudicador podría valorar la calidad de los suministros antes de la adjudicación, si no se le aporta la prueba de que son de «calidad equivalente». Para precisar este concepto, aplicado a los repuestos de automóvil, es útil acudir a las Directrices suplementarias.²⁶

53. En ellas se sienta una presunción *iuris tantum* de aptitud cualitativa, con arreglo a la que se permite al receptor de los recambios (en este caso el poder adjudicador) confiar en que los productos puestos a su disposición, aunque sean de calidad equivalente, cumplirán con las exigencias necesarias para la función asignada. Esta misma presunción, aplicada al ámbito de la contratación pública, contribuye a situar a todos los proveedores en plano de igualdad.²⁷

54. El análisis desde la perspectiva de la máxima apertura de los contratos a la competencia apoya esta misma idea: el deber de aportar los certificados de equivalencia antes de la adjudicación del contrato puede, según las circunstancias de cada licitación, convertirse en un obstáculo desproporcionado, que inhiba la presencia de operadores económicos interesados en ofrecer sus productos.²⁸

55. El contrato anunciado por la ATM es un buen ejemplo de una licitación en la que se puede reconocer a la entidad adjudicadora un margen de libertad suficiente para, razonablemente, establecer el criterio de prueba *a posteriori* que fijó en el pliego de condiciones. Si hubiese instaurado la obligación de aportar con la oferta el certificado de equivalencia, el licitador de piezas no originales habría sido sometido bien a la carga de fabricar «preventivamente» cada una de las piezas (en el asunto principal, 2 195) o bien a tener, en esa misma cantidad, las certificaciones de todas las piezas solicitadas. Por el contrario, el fabricante de recambios originales disfrutaría de la ventaja de que estuvieran ya listas.

56. A tenor del pliego de condiciones, el criterio determinante de la adjudicación publicada por la ATM era el de la «oferta económicamente más ventajosa», a cuya concreción se llegó tras la puja entre los dos licitadores que habían depositado sus propuestas. Antes de aquel momento, el poder adjudicador debió sopesar la aptitud de ambos, evaluando, entre otros factores, su capacidad técnica para la realización del contrato.

57. Los planteamientos de quienes sostienen que los certificados de equivalencia debieron, ineludiblemente, presentarse antes de la adjudicación del contrato están, en realidad, convirtiendo aquella prueba en el vector decisivo de la evaluación de la capacidad técnica.

²⁶ En los apartados 19 y 20 de esas Directrices se distingue entre los recambios «originales» y los de «calidad equivalente». Estos últimos son aquellos de «calidad lo suficientemente alta para que su uso no empañe la reputación de la red autorizada en cuestión. Al igual que ocurre con cualquier otra norma de selección, el fabricante de los vehículos de motor puede aportar pruebas de que un recambio dado no cumple este requisito».

²⁷ El uso de las «declaraciones responsables» o figuras similares, con las que los operadores económicos manifiestan, en una primera fase, estar en condiciones de facilitar determinados suministros, a reserva de la ulterior comprobación final de la Administración, está admitido en diversos artículos de la Directiva 2014/24.

²⁸ En este sentido, véase el considerando octogésimo cuarto de la Directiva 2014/24: «Muchos operadores económicos, y en concreto las PYME, consideran que un obstáculo importante para su participación en la contratación pública son las cargas administrativas que conlleva la obligación de presentar un número sustancial de certificados u otros documentos relacionados con los criterios de exclusión y de selección. Limitar estos requisitos, por ejemplo, mediante el uso de un documento europeo único de contratación consistente en una declaración actualizada del propio interesado, podría aportar una simplificación considerable que beneficiaría tanto a los poderes adjudicadores como a los operadores económicos».

58. Opino, sin embargo, que el poder adjudicador puede emplear otros elementos de juicio para valorar la capacidad técnica de los candidatos,²⁹ aun cuando no se le aporten inicialmente los certificados de equivalencia de cada una de las piezas demandadas en la licitación. O, por decirlo con otras palabras, la acreditación de que el fabricante o el suministrador de recambios no originales poseen la capacidad técnica indispensable para hacer frente al contrato es demostrable por otros medios (por ejemplo, demandando una cierta experiencia previa en la fabricación o en el suministro de repuestos, aunque sean de otras marcas).

59. De hecho, el pliego de licitación publicado por la ATM contenía una remisión a las «informaciones y formalidades necesarias para evaluar la conformidad a los requisitos» de capacidad técnica.³⁰ En ese pliego se pedía a los candidatos, entre otros requisitos, la prueba documental de «haber ejecutado con buen resultado durante el último trienio (2012-2013-2014) el suministro de recambios originales [...] o equivalentes para autobuses, trolebuses o vehículos industriales producidos por IVECO» y «haber suscrito con buen resultado en el último trienio [...] al menos dos contratos para el suministro mencionado anteriormente, de un importe superior a 750 000 euros».³¹

60. Un pliego de condiciones redactado en estos términos es de suyo restrictivo, pues circunscribe el círculo de destinatarios a quienes ya hubieran fabricado repuestos de la marca IVECO, fueran originales o equivalentes, lo que cierra el paso a la participación de otros fabricantes. A mi juicio, la entidad adjudicadora, que ya había impuesto este riguroso condicionamiento, podría razonablemente atenerse a él como criterio para valorar la capacidad técnica de los licitadores, sin tener que exigirles, además, que aportasen en un primer momento los certificados de equivalencia de las 2 195 piezas a las que alude el contrato de suministro.³²

61. Estas reflexiones me conducen a proponer una respuesta negativa a la primera pregunta del reenvío: limitada la duda del Consiglio di Stato (Consejo de Estado) a si el artículo 34, apartado 8, de la Directiva 2004/17 *obliga* a probar la equivalencia en el momento de la presentación de la oferta, la contestación ha de ser que no necesariamente.

62. Aquel precepto no impone esa obligación, porque deja libertad al Estado miembro (o, si la norma nacional lo admite, al poder adjudicador) para establecer cuándo se han de entregar los certificados de equivalencia. No predetermina una solución única, pues el legislador ha preferido, prudentemente, que sean los Estados miembros y sus poderes adjudicadores quienes sopesen las ventajas y los inconvenientes de optar por una solución o por otra.

63. En una tesitura como la de autos, ante el número de piezas cuya certificación de equivalencia se precisaba, me parece adecuado que se acepte la presentación de sus correspondientes certificados en un momento ulterior al de las ofertas iniciales o, incluso, al de la adjudicación del contrato, una vez que se habían recogido en el propio pliego de condiciones unos requisitos rigurosos para asegurar la capacidad técnica de los licitadores.

64. Debo añadir una última puntualización, en línea con las que hice en las conclusiones del asunto *Specializuotas transportas*,³³ sobre una exigencia «que no figura en el pliego de condiciones, ni está previst[a] en la ley nacional, ni es recogid[a] en la Directiva 2004/18». Si un licitador ha confiado en las cláusulas del pliego que le permiten, de modo expreso, aportar los certificados de equivalencia *a posteriori*, el rechazo de esa aportación no superaría el test de transparencia reclamado por el

29 La Directiva 2014/24 contiene un anexo, el número XII, dedicado a los «medios de prueba de los criterios de selección», cuya parte II se refiere, de modo singular, a «los medios para acreditar la capacidad técnica de los operadores económicos contemplada en el artículo 58».

30 Apartado III.2.3 del documento denominado «Avviso di gara- Settori speciali».

31 Apartado 6.1. A. puntos III y IV, del documento «Disciplinare di gara».

32 Iveco Orecchia se ha limitado a insistir en la (supuesta) obligación de adjuntar la certificación de equivalencia a la oferta, sin poner en duda que su competidor poseyera la capacidad técnica para ejecutar el contrato.

33 C-531/16, EU:C:2017:883, apartados 47 y 48.

Tribunal de Justicia, al indicar que «los principios de transparencia y de igualdad de trato que rigen todos los procedimientos de adjudicación de contratos públicos exigen que los requisitos de fondo y de forma relativos a la participación en la licitación estén definidos claramente por anticipado y que sean hechos públicos, en particular las obligaciones que recaen sobre los licitadores, a fin de que estos puedan conocer exactamente los imperativos del procedimiento y tener la seguridad de que se aplican los mismos requisitos a todos los participantes».³⁴

65. Propongo, pues, responder negativamente a la primera pregunta prejudicial.

C. Sobre la segunda pregunta prejudicial

66. La segunda pregunta prejudicial se suscita para el caso de que la contestación a la primera fuera negativa, como así sugiero. El Consiglio di Stato (Consejo de Estado) interroga al Tribunal de Justicia sobre la manera en la que debe garantizarse el respeto de los principios de igualdad de trato e imparcialidad, de plena competencia y de buena administración, así como del derecho de defensa y a un procedimiento contradictorio de los demás licitadores.

67. La pregunta es excesivamente genérica y en el auto de planteamiento no se explica por qué esos principios estarían comprometidos si se admitiera el certificado de equivalencia con posterioridad a la oferta.

68. El contenido del auto de reenvío pone el acento (correctamente) en las cuestiones hermenéuticas relativas al juego de los diversos artículos de la Directiva 2004/17, pero, repito, no contiene ninguna alusión *propia* (del órgano jurisdiccional)³⁵ a aquellos principios.

69. La función del Tribunal de Justicia, en el marco de los reenvíos prejudiciales, no es hacer declaraciones abstractas sobre cómo podrían aplicarse determinados principios generales, sino ofrecer al juez nacional la interpretación del derecho de la Unión que le pueda ser útil para resolver el litigio que haya de dirimir.

70. Desde esta perspectiva, las consideraciones que he expresado al recomendar la respuesta a la primera pregunta ya brindan al órgano remitente suficientes orientaciones interpretativas sobre la aplicación al caso de autos de, al menos, algunos de los principios a los que se refiere: así, los de igualdad de trato, favorecimiento de la competencia e imparcialidad del poder adjudicador.

71. En lo que concierne al resto de los principios mencionados, no atisbo por qué el derecho de defensa o el principio de contradicción entre los licitadores (y, eventualmente, entre los litigantes) se verían afectados, sea cual sea la respuesta a la primera pregunta. Los dos operadores jurídicos que han intervenido en esta licitación han podido desarrollar sus argumentos ante los órganos jurisdiccionales nacionales, a favor o en contra de la decisión de la ATM, sin menoscabo de sus derechos a un juicio justo y a obtener la protección jurisdiccional (que, obviamente, no tiene por qué coincidir con el éxito de sus respectivas pretensiones en el proceso).

³⁴ Sentencia de 2 de junio de 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404), apartado 37.

³⁵ En realidad, el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) se limita a asumir la propuesta de planteamiento de algunas de las preguntas prejudiciales que había formulado Iveco Orecchia. En concreto, no aclara por qué acoge, como segunda cuestión prejudicial, la que figuraba bajo la letra b1) de aquella propuesta.

72. En cuanto al derecho a una buena administración, es de suponer que, en el contexto del reenvío prejudicial, el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) ha querido aludir al consagrado en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Baste decir, a este respecto, que ese derecho es ejercitable cuando se trata de instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea, no siendo oponible, por lo tanto, frente a una empresa de transportes de un Estado miembro que actúa bajo la forma de sociedad por acciones, como es la ATM (incluso si fuese asimilable a una Administración pública en el derecho interno).

73. En estas condiciones, creo que es innecesario contestar a la segunda pregunta prejudicial.

VI. Conclusión

74. A tenor de lo expuesto, sugiero al Tribunal de Justicia responder al Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia) de la siguiente manera:

«El artículo 34, apartados 3, 4 y 8, de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, debe interpretarse en el sentido de que no obliga a un licitador a aportar, forzosamente, junto con su oferta, los certificados de equivalencia de las piezas de recambio de vehículos a motor con las originales, cuando:

- en el pliego de condiciones las especificaciones técnicas se han concretado, excepcionalmente, mediante la referencia a una marca determinada “o equivalente”; y
- en ese mismo pliego de condiciones se ha dispuesto que la presentación de aquellos certificados puede hacerse con ocasión de la primera entrega de un recambio equivalente».