

# LA DOCTRINA DE LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DEL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: ARQUITECTURA CONSTITUCIONAL EUROPEA Y NUEVAS DIRECTIVAS\*

XAVIER CODINA GARCÍA-ANDRADE

Colaborador honorífico en el Departamento de Derecho Administrativo  
Universidad Complutense de Madrid

Revista Española de Derecho Europeo 50  
Abril – Junio 2014  
Págs. 73 – 101

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. II. LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DIRECTAMENTE DEL TRATADO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN. A. *Las prohibiciones del Tratado*. B. *El surgimiento de las obligaciones positivas del Tratado*. III. IMPLICACIONES, CRÍTICA Y CONSECUENCIAS DE LA DOCTRINA. IV. EL EFECTO DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN EN LA PROBLEMÁTICA. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

**RESUMEN:** El Tratado siempre ha impuesto a los Estados una serie de obligaciones negativas, o prohibiciones, que estos debían respetar para dar cumplimiento a las libertades consagradas en él. Por ejemplo, la prohibición de dictar normas que restringen la importación de productos extranjeros o que favorecen los productos nacionales. El problema surge cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea lleva a cabo una interpretación extensiva del Tratado, considerando que los Estados, además de las obligaciones negativas, de-

**ABSTRACT:** It is uncontroversial that the Treaty contains certain negative obligations or prohibitions which are aimed to protect the four freedoms enshrined in it. By way of example, a national law which set forth quantitative restrictions to trade would be unlawful. This article however tries to deal with the doctrine of the positive obligations laid down by the European Court of Justice since the *Telaustria* case and by which the contracting authorities must observe additional requirements even if the contract is

\* Artículo escrito mientras ampliaba mi formación en el Public Procurement Research Group de la Universidad de Nottingham (Reino Unido), grupo dirigido por Sue Arrowsmith. Noviembre de 2013. Este texto se ha visto enormemente enriquecido gracias a las aportaciones de Paula Hernández Andrés y de dos evaluadores anónimos.

ben observar una serie de obligaciones positivas no recogidas explícitamente en éste. Eso es precisamente lo que ha ocurrido en el ámbito de la contratación, donde se produce el trasvase de principios de las Directivas a las previsiones del Tratado. De esta manera, el Tribunal consigue aplicar principios de las Directivas a supuestos excluidos de ellas, difuminando la diferencia que el legislador quiere establecer cuando aprueba la legislación derivada. El artículo aborda la problemática jurídica de esta doctrina, que ha sido objeto de crítica por considerarse, entre otras cosas, que altera el proceso legislativo europeo. Además de las críticas, se estudian sus implicaciones y el impacto que pueda tener sobre ella la aprobación de las nuevas Directivas de contratación, prevista para 2014.

**PALABRAS CLAVE:** Obligaciones del Tratado; Interpretación del Derecho Europeo; Transparencia; Trato igualitario; Contratación pública europea.

Fecha recepción original: 13 enero 2014

Fecha aceptación: 24 abril 2014

not covered by the Directives. To a certain extent, the Court use the principles contained in the Directives, such as the equal treatment of tenderers and the transparency, to place limits on what until now was within national discretion. This attitude has raised several issues not only in the field of public procurement (legal uncertainty) but also under European constitutional perspectives (legislative role and intrusive interpretation). Moreover a new Directives package is about to be approved which could shed light on this issue.

**KEYWORDS:** Treaty obligations; European law interpretation; Equal Treatment; Transparency; European Public Procurement Law.

## I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Bajo el paraguas legal que ofrece el objetivo europeo del Mercado Único, la Unión Europea ha ido construyendo un entramado de normas que pretende vencer las resistencias domésticas a la apertura del mercado de la contratación. Dado que el Tratado no contuvo, ni contiene, alusión directa al sistema de contratación pública<sup>1</sup>, pronto se demostró instrumento insuficiente para hacer desaparecer las barreras existentes<sup>2</sup>. Es por ello que se recurrió a la legislación secundaria desde la década de los 70, cuando se aprueba el primer paquete de Directivas de alcance limitado<sup>3</sup>. Hoy, que nos encontramos en puertas de un nuevo paquete de Directivas<sup>4</sup>, podemos afirmar que la Unión Europea ha ido ampliando paulatinamente el alcance de su legislación, siempre con la inestima-

1. TREPTE, P, *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 343
2. Por ejemplo, las primeras Directivas no contenían una prohibición de no discriminación, por considerar que el Tratado ya lo hacía. Es la Directiva de sectores excluidos la primera en hacerlo.
3. Sobre la historia detallada de las Directivas ver WEISS, F, *Public Procurement in European Community Law*, The Athlone Press, Londres 1993; Sobre la historia legislativa de las Directivas recientes ver HEBLY, J. M (ed.), *European public procurement : legislative history of the «classic» directive 2004/18/EC*, Kluwer Law International, 2007
4. En el momento de escribir el artículo la propuesta de la Comisión para una nueva Directiva relativa a la Contratación pública COM (2011) 896 final se ha convertido en el consiguiente Texto de Compromiso 2011/0438 COD, de 12 de julio de 2013 del Consejo. Está previsto que su aprobación definitiva se produzca a comienzos de 2014.

ble ayuda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE). Inestimable en varios sentidos.

En primer lugar, en el ámbito de la contratación los sucesivos fallos del Tribunal forman un cuerpo doctrinal que se ha positivizado a medida que se iban aprobando las sucesivas Directivas<sup>5</sup>, denotando una envidiable técnica legislativa. En segundo lugar, y aquí centramos nuestro interés, el TJUE se ha apoyado directamente en el Tratado para exigir a las entidades contratantes una serie de obligaciones que el Derecho derivado no contempla. Por ejemplo, determinados contratos que no quedan cubiertos por las Directivas, deberán cumplir con el principio de publicidad a la luz del fallo C-195/04 Comisión c. Finlandia. Lo mismo ocurrirá, como veremos, para las concesiones o los contratos de servicios no prioritarios. Así pues, el Tratado, que se consideró instrumento insuficiente para regular la contratación pública europea, parece convertirse por momentos en el hilo conductor del que se sirve el TJUE para aumentar el alcance de la legislación secundaria. En un proceso de retroalimentación, el Tribunal se sirve de los principios y reglas de Derecho derivado para interpretar el Tratado.

No nos interesan en este momento aquellas interpretaciones del Tribunal que amplían las obligaciones de contratos ya sujetos a las Directivas<sup>6</sup>. Tampoco los fallos del TJUE en los que invoca el Tratado en paralelo a las Directivas<sup>7</sup>. En esos casos, aunque el Tratado no impusiese ninguna obligación, sí lo harían las Directivas. El artículo pretende reflexionar sobre lo que ocurre en aquellos casos que expresamente han quedado fuera del alcance de las Directivas, pero que el Tribunal acaba aplicando algunos de los principios contenidos en ellas basándose en que son obligaciones que dependen directamente del Tratado. Es el caso de las concesiones, los contratos por debajo de los umbrales establecidos y los contratos de servicios del Anexo II B, que hace referencia a hostelería, transporte, servicios jurídicos o servicios sociales o de salud, entre otros, a los cuales se consideran de escaso interés transfronterizo. Ocurre en estos casos que el Tratado es interpretado claramente a la luz de las Directivas, algo sin duda cuestionable desde un punto de vista constitucional. El objetivo último que subyace en ese tipo de interpretaciones es cubrir las lagunas (muchas veces conscientes) de las Directivas. Parece que el Tribunal reacciona contra lo que

---

5. Por ejemplo, veremos como la nueva Directiva de concesiones tiene su base en los fallos que han ido dando forma a esta figura (Caso C-324/98, *Telaustria Verlags* o Caso C-206/08, *WAZV Gotha c. Eurowasser Aufbereitungs-und Entsorgungsgesellschaft*, de 10 de septiembre de 2010 entre otros).

6. Por ejemplo, la obligación de publicar los criterios y subcriterios que afectan a la adjudicación del contrato. En los asuntos *ATI EAC* y en *Lianakis* el Tribunal se basa en el principio de transparencia. Sentencia de 24.11.2005, caso C-331/04 *ATI EAC y otros c. ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia y Comune di Venezia*. [2005], ECR I-10109; Sentencia de 24.01.2008, caso C-532/06, *Emm. G. Lianakis AE c. Dimos Alexandroupolis* [2008], ECR I-00251.

7. Sentencia de 22.06.1993, C-243/89, *Comisión c. Dinamarca* (asunto Storebaelt) [1993], ECR I-3353.

BOVIS ha denominado «porosidad» de las Directivas<sup>8</sup>. Por un lado, suplementándolas con los principios fundamentales del Derecho Europeo. Por otro, llevando a cabo interpretaciones extensivas de las Directivas de manera que aumente su ámbito de aplicación. De esta manera, el Tribunal consigue disminuir la diferencia existente entre los contratos cubiertos por las Directivas y los que no lo están. Veremos a lo largo del artículo como el Tribunal hace pender del Tratado los principios de transparencia y de trato igualitario, establecidos expresamente en Directivas.

## II. LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DIRECTAMENTE DEL TRATADO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

Hasta finales de los años noventa se había asumido pacíficamente que los Estados Miembros debían observar tanto las reglas de las Directivas como las obligaciones negativas, o prohibiciones<sup>9</sup>, que les imponía el Tratado<sup>10</sup>. Sin embargo, a partir de cierto momento, el TJUE deduce ciertas obligaciones positivas derivadas del Tratado. Dichas obligaciones positivas implican que los Estados comprueben que los poderes adjudicadores llevan a cabo determinadas acciones a la hora de contratar bienes y servicios, como puede ser la publicación de un anuncio de licitación. Es decir, ya no sólo hay que evitar que se infrinjan ciertas normas, sino también dar cumplimiento a otras. Es momento ahora de hacer un breve repaso a ambos tipos de obligaciones que impone el Tratado, y cómo se produce su aplicación directa al ámbito de la contratación.

8. BOVIS, C., «Public Procurement in the EU: Jurisprudence and Conceptual Directions», en *Common Market Law Review*, núm. 49, 2012, p. 285. El autor, en la nota número 160, cita numerosos casos en los que se aplican los principios del Tratado, algunos los iremos estudiando a continuación. Así, en el caso C-45/87, *Comisión c Irlanda* [1988], donde la utilización de estándares nacionales infringe el art. 30 del Tratado; el caso C-243/89, *Comisión c. Dinamarca* [1993], donde la preferencia por lo nacional infringió los artículos 30, 48 y 59 del Tratado; el caso C-234/03, *Contse y otros* [2005], donde exigencias sobre establecimiento se consideran contrarias al artículo 40 del Tratado; en el caso C-92/00, *Hospital Ingenieure* [2002], donde señala que las decisiones del poder adjudicador están sujetas a las reglas del Derecho Europeo y en particular a los principios de libertad de establecimiento y libertad de prestación de servicios; en el caso C-244/02, *Kauppatalo Hansel Oy* [2003], donde se confirma que la legislación primaria debe ser tenida en cuenta como suplemento a la hora de evaluar la efectividad de las Directivas; el caso C-57/01, *Makedoniko Metro and Michaniki* [2003], donde señala que aunque las Directivas no contengan previsiones específicas sobre una materia, los principios generales del Derecho de la Unión debe presidir la adjudicación del contrato; el caso C-275/98, *Unitron Scandinavia and 3-S* [1999], donde se afirma que los principios del Derecho de la UE como la transparencia o la no discriminación por razón de nacionalidad deben fortalecer el alcance las Directivas.

9. ARROWSMITH, S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2ª ed., Sweet and Maxwell, London, 2005, p. 126.

10. En contratación pública son particularmente importantes las que se refieren a la libertad de movimientos de bienes, de prestación de servicios y de establecimiento. Para un análisis profundo de dichas libertades BARNARD, C., *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, 4ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2013.

Antes de entrar a estudiar las prohibiciones y obligaciones del Tratado, es necesario advertir que éstas sólo se aplicarán a los contratos que tengan interés transfronterizo<sup>11</sup>. Fue el *asunto Debauxe*<sup>12</sup> en 1980 el primero en establecer que el Tratado se aplica sólo a aquellas operaciones de interés transnacional. En materia de contratación esta doctrina se recoge en el *asunto SECAP*<sup>13</sup>, que confirma que el Tratado sólo se aplicará a aquellos contratos en que exista dicho interés. Dado que la jurisprudencia del Tribunal ha considerado los umbrales como elemento secundario para decidir si concurre dicho interés, surge el dilema de cuándo podemos considerar un contrato como de interés transnacional. El estudio de la jurisprudencia del Tribunal sobre el concepto de interés transfronterizo en el ámbito de la contratación permite afirmar que el TJUE ha ido relajando su interpretación a favor de un interés potencial. Una primera interpretación la encontramos en el *asunto RI.SAN*<sup>14</sup>, en la que niega dicho interés en tanto que «todos los elementos se circunscriben al interior de un solo estado miembro». Esta doctrina se abandona en el *asunto Parking Brixen*<sup>15</sup>, otro caso en que todos los contratistas eran de un mismo Estado pero que el Tribunal consideró de potencial interés transnacional. Ante la alegación de estar ante una situación puramente interna, la Sala considera que:

55. No procede acoger esta alegación. En el caso de autos, no se puede excluir que la prestación de servicios controvertida *hubiese podido interesar* a empresas establecidas en Estados miembros distintos de la República Italiana.

Aunque en los *asuntos An Post* y *SECAP*<sup>16</sup> se vuelve a hablar de la exigencia de un «interés transfronterizo cierto», en el *asunto Wall*<sup>17</sup> y en el *asunto Comisión c. Irlanda*<sup>18</sup> se asienta la idea de interés transfronterizo potencial. En este

11. Que el Tratado solo se aplica a los contratos de interés transnacional no es unánime. «Nevertheless, it should not be forgotten that, as indicated in the opening paragraph, even the smallest of public contracts are subject to the general prohibitions in the Treaty» cfr. BROWN, A., «Getting to grips with aggregation under the E.C. public procurement rules», en *Public Procurement Law Review*, núm. 2, 1993, pp. 69.
12. Sentencia de 18 de marzo de 1980, C-52/79, *Procureur du Roi c. Marc Debauxe y otros* [1980], Repertorio 1980-00833.
13. Sentencia de 15.05.2008, asuntos acumulados C-147/06, C-148/06, *SECAP* y *Santorso c. Comune di Torino* [2008], ECR I-03565.
14. Sentencia de 09.09.1999, caso C-108/98 *RI.SAN. Srl c. Comune di Ischia y otros* [1999], ECR I-05219, par. 23.
15. Sentencia de 13.10.2005, caso C-458/03 *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen y Stadtwerke Brixen AG*. [2005], ECR I-08585.
16. Sentencia de 13.11.2007, caso C-507/03, *Comisión c. Irlanda (asunto An Post)* [2007], ECR I-09777, par. 29,32,33,34 ; Sentencia de 15.05.2008, asuntos acumulados C-147/06, C-148/06, *SECAP* y *Santorso c. Comune di Torino* [2008], ECR I-03565.
17. Sentencia de 13.04.2010, caso C-91/08 *Wall AG c. La ville de Francfort-sur-le-Main y otros* [2010], ECR I-02815, par. 34: «Dicha obligación de transparencia se aplica al supuesto en que la concesión de servicios de que se trate pueda interesar a una empresa establecida en un Estado miembro que no sea aquel en el que se adjudique esa concesión».
18. Sentencia de 18.11.2010, caso C-226/09 *Comisión c. Irlanda* [2010].

último por ejemplo se deduce el interés transfronterizo del hecho que el contrato fuese publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea. En la *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública* (en adelante, la Comunicación de 2006)<sup>19</sup>, la Comisión establece algunos criterios orientativos que las entidades adjudicadoras pueden utilizar para apreciar si el contrato tiene interés transfronterizo. Serán importantes por ejemplo «el objeto del contrato, su cuantía estimada, las características particulares del sector (tamaño y estructura del mercado, prácticas comerciales, etc.), así como el lugar geográfico de ejecución del contrato». En este sentido se pronuncia también BOVIS, quién considera que el interés transfronterizo vendrá determinado por el valor del contrato, su complejidad y el lugar donde se deba ejecutar. Será el poder adjudicador el encargado de evaluar si existe interés transfronterizo en un contrato que esté por debajo de los umbrales fijados por las Directivas, pudiendo ser dicha evaluación objeto de revisión judicial<sup>20</sup>.

Parece por tanto que la existencia de un interés transnacional debe estudiarse caso por caso, aplicando una suerte de test y partiendo de una presunción de no interés transfronterizo, al menos para el caso de los servicios de clase B y los contratos por debajo del umbral de las Directivas. La Comisión soportará la carga de la prueba a la hora de demostrar la existencia de dicho interés<sup>21</sup>.

## A. LAS PROHIBICIONES DEL TRATADO

En el Tratado se encuentran una serie de preceptos que afectan a la contratación y que tienen un objetivo común: abolir toda medida que suponga una restricción o una barrera al mercado único. No se trata de un tema sencillo, en tanto que la aplicación de estas previsiones a la contratación colisiona con otras técnicas típicas, como el uso de la contratación como instrumento de política económica. La entrada en la Unión Europea y la consiguiente aceptación del acervo comunitario, supone en el ámbito de la contratación que el Estado vea limitada su discrecionalidad a la hora de utilizar el procedimiento de contratación como una herramienta política (proteccionismo, introducción de cláusulas sociales o medioambientales, ayudas indirectas a ciertas regiones deprimidas, etc)<sup>22</sup>. Los poderes adjudicadores de los Estados ya no podrán redactar pliegos

19. DOUE, nº C 179, de 01/08/2006.

20. BOVIS, C., «Public Procurement in the EU: Jurisprudence and Conceptual Directions», en *Common Market Law Review*, núm. 49, 2012, p. 265.

21. Por ejemplo, en el asunto *An Post* la Comisión no es capaz de demostrar que existe interés transfronterizo.

22. ARROWSMITH y KUNZLIK se han pronunciado sobre dicha confrontación en «EC Regulation of Public Procurement», en ARROWSMITH, S., and KUNZLIK, P. (eds.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, 2009, p.56; también en el muy recomendado ARROWSMITH, S., «The Purpose of the EU Public Procurement Directives: Ends, Means, and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies», en *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 14, 2011-2012, p. 1-47.

de condiciones que, por ejemplo, favorezcan a firmas nacionales<sup>23</sup> o establecidas en el territorio nacional<sup>24</sup>. Incluso, irán contra el Tratado los pliegos que requieran el uso de mano de obra local, lo cual no supone una medida directamente discriminatoria, pero sí es una barrera para que las empresas europeas, con una mano de obra propia, se interesen por el contrato<sup>25</sup>.

A la hora de estudiar el tema, suele hacerse un análisis detallado de cómo afectan a la contratación las previsiones de la libertad de movimiento de bienes recogida en el artículo 28 TFUE y 34 TFUE, la libertad de establecimiento, del artículo 49, y la libertad de prestación de servicios, comprendida en el artículo 56. Sin embargo, vamos a utilizar el artículo 34 TFUE, de libertad de movimiento de bienes, como ejemplo de obligaciones negativas<sup>26</sup>. El precepto nos da pie para abordar algunos aspectos importantes sobre las obligaciones negativas.

*Artículo 34 (antiguo artículo 28 TCE)*

Quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente.

De la redacción del artículo cabe diferenciar dos tipos de restricciones: las restricciones directas y las «medidas de efecto equivalente». Respecto las primeras, parece claro que deberá evitarse toda aquella cláusula en los pliegos que suponga un freno directo a la importación de bienes. Es el caso de aquellas que contienen alguna reserva a favor de los productos nacionales, como las cláusulas «compre nacional»<sup>27</sup>. En el ámbito de la contratación suele citarse el *asunto Storebaelt*<sup>28</sup>, donde Dinamarca incumple con el Tratado al incluir una cláusula que obliga al contratista a usar la mayor cantidad posible de material, bienes, personal y equipamiento danés. Siendo cierto que el Gobierno elimina dicha cláusula antes de la firma del contrato, el Tribunal considera que haber llevado a cabo el proceso bajo esa cláusula ha afectado a la composición de los consorcios presentados y a los términos de sus ofertas, restringiendo la libertad de movi-

23. Sentencia de 05.12.1989, caso C-3/88, *Comisión c. Italia* (asunto Re Data Processing) [1989], ECR 04035.
24. Sentencia de 03.06.1992, caso C-360/89, *Commission c. Italia* [1992], ECR I-03401.
25. Sentencia de 17.11.2011, caso C-95/10 *Strong Segurança SA v Município de Sintra* [2011], ECR I-01865.
26. Las razones para centrarnos en el artículo 34 TFUE y dejar a un lado los demás son varias. La primera, obvia, es la naturaleza del presente trabajo, que no puede centrarse en las obligaciones negativas, más allá de dejar constancia del estado de la cuestión. En segundo lugar, el artículo 34 TFUE es el que mayor desarrollo jurisprudencial ha tenido. Por último, su esquema es seguido por los otros dos artículos, con algunas diferencias que serán anotadas en pie de página. Para un análisis completo se puede consultar ARROWSMITH, S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2ª ed., Sweet and Maxwell, London, 2005.
27. Al margen de la contratación, es típico el ejemplo de la campaña publicitaria irlandesa favoreciendo los productos nacionales («Buy Irish») de la Sentencia de 24 de noviembre de 1982, caso 249/81 *Comisión c. Irlanda* [1982], ECR 04005.
28. Sentencia de 22.06.1993, caso C-243/89, *Comisión c. Dinamarca (asunto Storebaelt)* [1993], ECR I-3353.

miento. También es clásico el fallo *Du Pont de Nemours*<sup>29</sup>. En este caso, una autoridad sanitaria licita un contrato en el cual, acorde a determinada legislación, reserva un 30% del contrato a empresas establecidas en el *Mezzogiorno* italiano (región del Sur de Italia). El Tribunal afirma en su párrafo 18 que «el artículo 30 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que reserve a las empresas establecidas en determinadas regiones del territorio nacional un porcentaje de los contratos públicos de suministro». Otros ejemplos de esta discriminación directa, esta vez respecto a la libertad de prestación de servicios y de establecimiento, se encuentra en asuntos como *Nord-Pas-de-Calais*<sup>30</sup> o *Contse*<sup>31</sup>.

Mayor complejidad tienen las llamadas «medidas de efecto equivalente». Éstas no tardaron en ser definidas por el Tribunal, que se pronuncia sobre ellas en el *asunto Dassonville*<sup>32</sup>, considerando como tal toda regla capaz de obstaculizar directa o indirectamente, actual o potencialmente, el comercio intracomunitario. En el ámbito de la contratación, el *leading case* es el *asunto Dundalk*<sup>33</sup>, en el que la Comisión pretende una declaración de infracción derivada de la inclusión de una cláusula que requería un estándar irlandés para unas tuberías necesarias en un contrato de suministro de agua (considerado no cubierto por las Directivas). Cumpliendo con esa cláusula, se rechaza la oferta de un contratista que ofrecía un estándar de garantías equivalentes. El considerando 16 de la Sentencia señala:

«El artículo 30 del Tratado tiene como finalidad eliminar todas las medidas de los Estados miembros que obstaculizan las corrientes de importación en el comercio intracomunitario, tanto si estas medidas inciden directamente sobre la circulación de las mercancías importadas, como si tienen indirectamente como efecto obstaculizar la comercialización de los productos provenientes de otros Estados miembros».

Y en línea con ese razonamiento, considera que la cláusula introducida obstaculiza las importaciones de tuberías a Irlanda. Primero, porque tiene como efecto que empresas con estándares similares se abstengan de participar en la

29. Sentencia de 20.03.1990, caso C-21/88, *Du Pont de Nemours Italiana SpA c. Unita Sanitaria Locale No. 2 di Carrara* [1990], ECR I-00889.

30. Sentencia de 26.09.2000, caso C-225/98 *Comisión c. Francia (asunto Nord-Pas-de-Calais)* [2000], ECR I-07445.

31. Sentencia de 27.10.2005, caso C-234/03, *Contse y otros c. Insalud* [2005], ECR I-09315, par. 43. Se trata de una cuestión prejudicial que se da en la adjudicación de un contrato de prestación de tratamientos respiratorios a domicilio, en la cual se pretende saber si infringían el Tratado determinadas cláusulas en las que se requería tener oficina abierta en la capital de la provincia, se daba puntos extra a quien tuviese más oficinas en pueblos de la provincia, y a quien tuviese planta de tratamiento de oxígeno dentro de un radio de 1000 kilómetros, y por último, que en caso de empate, el contrato iría para el anterior proveedor. El TJUE indicó que todas esas condiciones contravienen la libertad de prestación de servicios, en tanto que hacen la licitación menos atractiva para licitadores extranjeros, y no son causas que estén justificadas.

32. Sentencia de 11 de julio de 1974, caso 8/74, *Procureur du Roi c. Benoît and Gustave Dassonville* [1974].

33. Sentencia de 22.09.1988, caso C-45/87, *Comisión c. Irlanda (asunto Dundalk)* [1988].

licitación por no cumplir estrictamente con el estándar citado. Segundo, se observa que sólo una empresa ha recibido dicha certificación, siendo además una empresa irlandesa. «De este modo, la inclusión de la cláusula 4.29 ha tenido como resultado reservar únicamente a los fabricantes irlandeses el suministro de las conducciones de canalización necesarias para las obras de Dundalk.». Concluye el Tribunal que hubiese sido suficiente con añadir al requisito de la certificación las palabras «o equivalente». En definitiva, se produce una discriminación indirecta ya que el Tribunal entiende que siendo una cláusula indistintamente aplicable a empresas extranjeras y nacionales, tiene como efecto favorecer a estas últimas.

Así pues, el Tribunal pretende acabar con todos aquellos obstáculos que suponen una barrera al comercio, sean o no directamente discriminatorios<sup>34</sup>. Se trata de una interpretación en la que el TJUE se fija en los efectos que tienen los pliegos sobre el comercio entre Estados. Si bien es un intento de dotar de efectividad a las normas del Tratado, debe de realizarse una interpretación estricta de dicha teoría ya que en caso contrario podría desembocar en la prohibición de gran cantidad de condiciones, aún sin ser discriminatorias. Por ejemplo, la fijación del precio del contrato, que no es discriminatorio, pero puede suponer una barrera al comercio intracomunitario; en efecto, pensemos cómo puede favorecer un precio bajo a las empresas de un país cuyos costes laborales sean menores que otro, o donde se obtenga la materia prima requerida a menor coste. Para tratar de afrontar este dilema, el Tribunal, en el *asunto Keck* (1993)<sup>35</sup>, da un paso más a la hora de clasificar las medidas incluidas en los pliegos. En dicha sentencia el Tribunal clarifica conceptos y clasifica las medidas que pueden suponer una vulneración del Tratado. Arroja algo de luz a la relación entre el concepto de barrera y el de discriminación. El fallo divide las especificaciones según vayan destinadas a concretar las características de los productos o a determinar aspectos comerciales del contrato. Las primeras son las que pretenden definir las características de los productos que van a adquirirse, las que definen el mercado del contrato, y son vistas por el Tribunal como propensas a suponer una barrera a la importación, independientemente de si se consideran discriminatorias o no. El Tribunal considera que la definición de las características de los bienes tiene gran repercusión en el procedimiento de contratación, y cualquier exigencia que pueda afectar al mercado debe ser justificada. A simple vista el TJUE pretende reducir la discrecionalidad de la entidad contratante para delimitar cuales son sus necesidades y qué es lo que necesita. Sin embargo, al poner

---

34. Esa interpretación nos obliga a deslindar dos conceptos relacionados. Por un lado, las restricciones y medidas que suponen una discriminación por razón de nacionalidad. Por otro, las restricciones y medidas que, sin ser discriminatorias, suponen de facto una barrera al comercio entre Estados. Entender el juego entre estos dos conceptos, barrera y discriminación, es entender las bases de la problemática abordada.

35. Sentencia de 24 de noviembre de 1993, C-267/91, *Keck y Mithouard* [1993]; se trata de un caso al margen de la contratación, sobre venta con pérdidas de determinados productos. Sin embargo, la clasificación que hace de las medidas es plenamente aplicable a nuestro campo.

bajo el punto de mira estas decisiones sólo pretende impedir que se utilice de manera torticera el proceso de definición de las necesidades de la entidad contratante. Es decir, que no se trata tanto de restringir *qué* se solicita, sino *cómo* se solicita. El más claro ejemplo es la prohibición de limitar los pliegos a marcas determinadas. Precisamente este razonamiento es el que nos permite entender que las Directivas se decanten por exigir la descripción funcional del producto demandado, que como vemos son exigibles directamente en base al Tratado. En definitiva, aquellas cláusulas que definen el producto, sean o no discriminatorias, son propensas a suponer una barrera al comercio según el razonamiento en el *asunto Keck*, mientras que las que recogen meros acuerdos comerciales, siempre que no sean discriminatorias, no sufren dicha presunción<sup>36</sup>.

El problema no es tanto aquellos casos en que exista una discriminación directa, sino las medidas que, sin ser discriminatorias, supongan una barrera efectiva al comercio, como las del *asunto UNIX*. En este caso, la entidad contratante solicitaba en el pliego el uso del software informático UNIX, lo cual fue considerado por el Tribunal como una medida que, sin ser discriminatoria, reducía el «flujo de importaciones», al hacer que menor cantidad de contratistas extranjeros se presentasen a la licitación<sup>37</sup>.

Si hasta ahora hemos dicho que las cláusulas que definen las características del producto son propensas a infringir las libertades del Tratado, no ocurre lo mismo con el segundo tipo de condiciones, es decir, las que hacen referencia a acuerdos comerciales. Estos acuerdos comerciales, como pueden ser el precio o la forma de entrega, sólo infringirán el Tratado cuando sean discriminatorios. Se adopta en este caso una interpretación estricta: para que las condiciones comerciales fijadas sean consideradas contrarias a la libertad de movimiento deben ser discriminatorias y no sólo una barrera al comercio. Ello parece obvio si pensamos la cantidad de condiciones que podrían suponer una infracción del Tratado en caso contrario. Lo interesante de esta postura es que deja la puerta abierta a que no todas las condiciones con efecto en el comercio sean consideradas contrarias al Tratado. Sin embargo, hay dos elementos que limitan el radio de acción de la doctrina sentada en el *asunto Keck*. Por un lado, en el ámbito de la libertad de prestación de servicios y de establecimiento, no se ha dado un fallo equivalente, lo cual supone que el Tribunal realice una interpretación más rígida de las condiciones de los pliegos<sup>38</sup>. Por otro, que el Tribunal parece dar marcha atrás en algunos fallos posteriores, volviendo a la ortodoxa aplicación

36. Debe dejarse constancia del posible cambio de doctrina iniciado fuera del ámbito de la contratación en la Sentencia de 4 de junio de 2009, C-142/05, *Åklagaren c. Percy Mickelsson y Joakim Roos* [2009].

37. Sentencia de 24.01.1995, caso C-359/93, *Comisión c. Holanda*. (asunto UNIX) [1995].

38. Por ejemplo, Sentencia de 27.10.2005, caso C-234/03, *Contse y otros c. Insalud* [2005] o Sentencia de 23.12.2009, caso C-376/08 *Serrantoni Srl y Consorzio stabile edili Scrl c. Comune di Milano*. [2009].

del Tratado la cual, como hemos dicho anteriormente, censura toda condición que tenga efectos negativos sobre el comercio<sup>39</sup>.

Las prohibiciones que hasta ahora han sido descritas pueden ser derogadas en base a lo establecido en el artículo 36 TFUE. Ahora bien, dichas derogaciones deben interpretarse restrictivamente y tras un test de proporcionalidad<sup>40</sup>. El artículo 36 establece que,

«Las disposiciones de los artículos 34 y 35 no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros».

Además de las razones explícitamente recogidas en el artículo<sup>41</sup>, el Tribunal, a partir del *asunto Cassis de Dijon* abre la puerta a posibles derogaciones de la libertad de movimiento de bienes por otras razones que constituyan objetivos legítimos de interés público. Así, ha ido reconociendo «mandatory requirements» o «requisitos obligatorios», como la protección del consumidor<sup>42</sup>, la protección medioambiental<sup>43</sup>, la protección de las condiciones laborales o determinados objetivos culturales<sup>44</sup>, entre otros<sup>45</sup>. La diferencia entre unas y otras es que mientras que las razones explícitas podrían justificar cierta discriminación, los llamados requisitos obligatorios deben ser indistintamente aplicables a sujetos de cualquier Estado Miembro<sup>46</sup>.

En el ámbito de la contratación un ejemplo de dichas medidas en el ámbito medioambiental lo encontramos en el *asunto PreussenElektra*<sup>47</sup>. Ahora bien, el

39. En este sentido, la Sentencia de 4 de junio de 2009, caso C-142/05, *Åklagaren c. Percy Mickelsson y Joakim Roos* [2009].

40. Asunto 286/07, *Comisión c. Luxemburgo* [2008].

41. Al margen de la contratación encontramos ejemplos de cada una de ellas. De excepciones por orden público, moralidad y seguridad pública en el asunto 7/78, *Thompson* [1978], el asunto 121/85 *Conegate* [1986]. De protección de la salud, asunto 104/75, *De Peijper* [1976] o asunto 319/05, *Comisión c. Alemania* [2007]. Sobre protección del patrimonio, asunto 7/68, *Comisión c. Italia* [1968]. De protección de la propiedad industrial asunto 235/89, *Comisión c. Italia* [1992], o asunto 388/95 *Bélgica c. España* [2000].

42. Asunto 3/99 *Ruwet* [2000].

43. Asunto 2/90 *Comisión c. Bélgica* [1992].

44. Asuntos acumulados 60/84 y 61/84, *Cinétheque SA c. Fédération nationale des cinémas grançais* [1985].

45. Poco a poco han ido aceptándose otros motivos que pueden justificar restricciones al comercio intracomunitario, como el mantenimiento de la diversidad de los medios de comunicación (asunto 368/95, *Familiapress* [1997]), el equilibrio financiero de la seguridad social (asunto 120/95, *Decker*), la seguridad viaria (54/05, *Comisión c. Finlandia* [2007]), la lucha contra la delincuencia (265/06, *Comisión c. Portugal* [2008]).

46. Ejemplo de ello en el asunto 320/03 *Comisión c. Austria* [2005] donde considera una medida como indistintamente aplicable en vez de cómo indirectamente discriminatoria.

47. Sentencia de 20.06.1905, caso C-379/98, *PreussenElektra AG c. Schleswig AG* [1905], ECR I-02099.

Tribunal es consciente que los Estados pueden tratar de enmascarar políticas proteccionistas tras estas excepciones. Por ello se muestra tan rígido con aquellas condiciones que persiguen objetivos económicos, como la reactivación de determinadas regiones<sup>48</sup>, o el impulso de las pequeñas y medianas empresas<sup>49</sup>.

Al estudiar la aplicación de estas obligaciones negativas o prohibiciones al ámbito de la contratación, se puso en duda si debían aplicarse a disposiciones generales o también en el caso de que los pliegos de un solo contrato las vulnerasen. En un primer momento el Tribunal pareció decantarse por la primera de las posturas, es decir, circunscribir la aplicación del artículo a las disposiciones generales. En este sentido se pronunció en *Comisión c. Francia*<sup>50</sup>. En dicho fallo el Tribunal interpreta «medidas» como prácticas generalizadas<sup>51</sup>. Sin embargo, el Tribunal rectifica dicha postura y considera, sin decirlo expresamente, que es aplicable a decisiones particulares. Así se pronuncia en el *asunto Re Data Processing*<sup>52</sup>, en el antecitado *asunto Storebaelt*<sup>53</sup> o en el *asunto UNIX*<sup>54</sup>. Esa ha sido la práctica habitual del Tribunal hasta la Sentencia de 19 de marzo de 2009, caso C-489/06, *Comisión c. Grecia* [2009], en el que el Tribunal parece exigir que sean medidas que muestren una cierta consistencia y generalidad.

48. Sentencia de 20.03.1990, caso C-21/88, *Du Pont de Nemours Italiana SpA c. Unita Sanitaria Locale No. 2 di Carrara* [1990], par. 42 y 45 de la Opinión.

49. Sentencia de 03.06.1992, caso C-360/89, *Commission c. Italia* [1992].

50. Sentencia de 9 de mayo de 1985, caso 21/84, *Comisión c. Francia* [1985] «(...) for an administrative practice to constitute a measure prohibited under Article 30 that practice must show a certain degree of consistency and generality»

51. Esta postura ha sido defendida por Sue ARROWSMITH y Peter KUNZLIK cuando defienden que debería aplicarse a disposiciones de carácter general y no a decisiones asiladas. Cfr. «EC Regulation of Public Procurement», en ARROWSMITH, S., and KUNZLIK, P. (eds.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, 2009, p. 58.

Sin embargo, mantenemos aquí la postura contraria. Si un contrato vulnera los preceptos del Tratado sin infringir la legislación nacional, quiere decir que existe una vulneración implícita del Tratado en la propia legislación nacional, la cual está permitiendo que se lleve a cabo un procedimiento de contratación contrario al Derecho de la Unión. En el mismo sentido, aunque con distinto argumento, se pronuncia el Abogado General Darmon en el párrafo 67 de su Opinión en el asunto Dundalk antecitado: «it appears to me to be possible to take a lead in this case from that relaxation of the requirements of consistency and generality. (...) each such contract has major commercial consequences in two respects. Each contract represents in itself a commercial project for manufacturers and, depending on the size of the contract, a barrier to imports erected with respect to a given contract may have significant consequences immediately. But it must be borne in mind that a barrier set up with respect to a particular contract also has implications for later contracts, and hence future commercial projects, in so far as in the light of their first experience public works contractors will tend not to provide for the use of imported material in their tenders».

52. Sentencia de 5.12.1989 en el caso 3/88 *Comisión c Italia (asunto Re Data Processing)* [1989].

53. Sentencia de 22.06.1993 en el caso 243/89 *Comisión c. Dinamarca (asunto Storebaelt)* [1993].

54. Sentencia de 24.01.1995 en el caso 359/93 *Comisión c. Países Bajos (asunto UNIX)* [1995].

## B. EL SURGIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DEL TRATADO

El esquema que acabamos de describir debe ser observado por los Estados Miembros a la hora de contratar, independientemente de si el supuesto de hecho está cubierto o no por las Directivas. Hasta el año 2000 era pacífico afirmar que del Tratado no surgían obligaciones positivas<sup>55</sup>, es decir, que más allá de cumplir con las Directivas y de comprobar que no se vulneraban las libertades del Tratado, los poderes adjudicadores no debían llevar a cabo acción alguna.

Sin embargo, el Tribunal a partir de su «excesivamente entusiasta»<sup>56</sup> interpretación en el *asunto Telaustria*<sup>57</sup> hizo surgir nuevas obligaciones que no se deducen directamente del Tratado y que parecen inspirarse en las Directivas. Como señala Carina RISVIG HANSEN, el Tribunal parece encontrar su inspiración en la legislación secundaria (aquí las Directivas) para hacer surgir similares obligaciones de la legislación primaria (en este caso, los principios del Tratado)<sup>58</sup>. Así pues, de manera cuestionada y cuestionable el Tribunal de Justicia utiliza Derecho derivado para interpretar extensivamente el Derecho originario. Este proceso ha sido gráficamente definido como «leverage principle» por Steen TREUMER y Erik WERLAUFF, en tanto que el Tribunal utiliza legislación secundaria como palanca para introducir en el Tratado obligaciones que no derivan directamente de su letra. Utilizando las clarificadoras palabras de los autores,

«The characteristic feature of this application is the effect of the leverage thus procured in investing fundamental freedoms with a different and more extensive content that they would otherwise have and on promoting European integration via secondary European legislation by giving effect to a fundamental right in areas where this would otherwise be difficult for technical and legal reasons.»<sup>59</sup>

Para BRAUN, que está en contra de esta doctrina, se trata de una manera de

- 
55. Sobre el estado de la cuestión antes de 2000 ver BRAUN, P., «A matter of principle(s) – the treatment of contracts falling outside the scope of the European public procurement directives», en *Public Procurement Law Review*, 2000, p. 45: «Although there are indeed principles which can be derived from the Treaty, such as *equality* and even *transparency*, it appears doubtful from the jurisprudence of the Court of Justice that those have a positive impact on award processes, beside the positive obligations of the procurement directives. Having ascertained that it is not feasible to deduce *positive* obligations from primary Community law, it is necessary to discuss the question of where the procurement principles find their foundation».
  56. TREPTE, P., *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 352.
  57. Sentencia de 07.12.2000, caso C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH y Teleadress GmbH c. Telekom Austria and Herold Business Data AG* [2000].
  58. RISVIG HANSEN, C., *Contracts not covered or not fully covered by the Public Sector Directive*, Djof Publishing Co., Copenhagen, 2012. Se trata de la Tesis Doctoral de la autora. En concreto interesa la parte que hace alusión a las obligaciones positivas que derivan del Tratado, cuyo contenido puede consultarse en <http://woppaa.org/wp-content/uploads/2012/09/PAPER-III.3-POSTIVE-OBLIGATIONS-DERIVED-FROM-THE-EU-TREATIES.pdf>, p. 640 (consultado el 4 de noviembre de 2013).
  59. TREUMER, S. y WERLAUFF, E., «The leverage principle: secondary Community law as a lever for the development of primary Community law», en *European Law Review*, 2003, núm. 28, pp. 124 y 125.

extender el ámbito de las Directivas a determinados casos que expresamente (por razones históricas o políticas) se dejaron fuera<sup>60</sup>. Ello conecta con una de las mayores críticas que se le hace a esta doctrina, y que veremos más adelante, que es la función de legislador encubierto que parece estar llevando a cabo el Tribunal cuando hace estas interpretaciones.

Son dos los ámbitos en los que se ha producido una interpretación del Tratado a la luz de las Directivas. El primero y más importante por su desarrollo jurisprudencial y académico es el ámbito del principio de transparencia<sup>61</sup>. El segundo, es del principio de «tratamiento igualitario»<sup>62</sup>.

En lo que respecta a las obligaciones de transparencia, el *asunto Telaustria* es considerado el *leading case* en la materia. Un primer acercamiento podía intuirse ya en el *asunto Unitron Scandinavia*<sup>63</sup> en la que afirma que una entidad que disfrute de derechos exclusivos para el ejercicio de una actividad de servicio público, aunque no esté sometida a la Directiva, debe cumplir con el principio de no discriminación en razón de la nacionalidad y es precisamente la transparencia lo que sirve para asegurarse de que así lo hace. El paso definitivo lo dio el Tribunal en el *asunto Telaustria*<sup>64</sup>, que es el primer asunto en detallar las obligaciones de transparencia para supuestos excluidos de las Directivas, y punto de partida para profundizar en el estudio de los pasos que se han dado para extender, como una mancha de aceite, el efecto buscado por las Directivas. Se trata de una decisión prejudicial entorno a la adjudicación de un contrato por el cual la empresa adjudicataria elaboraría y gestionaría un listín telefónico, recibiendo como contraprestación los derechos de explotación de éste. El Tribunal, además de considerar dicho contrato una concesión, se pronuncia en los siguientes términos:

60. «A este respecto procede señalar que, pese a que, en el estado actual

60. BRAUN, P., «A matter of principle(s) – the treatment of contracts falling outside the scope of the European public procurement directives», en *Public Procurement Law Review*, 2000.

61. Al margen de la contratación, se debate sobre la existencia de un principio de transparencia en el Derecho de la UE en LENAERTS, K., «In the Union we trust: trust-enhancing principles of Community Law», *Common Market Law Review*, núm. 41, 2004, p. 317 y ss.

Como un principio en gestación es considerado en PRECHAL, S., y LEEUW, M., «Dimensions of Transparency: The Building Blocks for a New Legal Principle», *Review of European Administrative Law*, 2007, p. 51 y ss.

62. Las Directivas en inglés hablan de «equal treatment», y en español de «tratamiento igualitario». El artículo 2 de la Directiva 2004/18 señala que los poderes adjudicadores darán «un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia».

63. Sentencia de 18 de noviembre de 1999, caso 275/98, *Unitron Scandinavia A/S* [1999], p. 30 y 31. Ahora bien, no se entra a esclarecer en qué consiste dicha obligación de transparencia. P. 30: «De la interpretación sistemática de dicha disposición se desprende que el poder adjudicador no está obligado a exigir a la entidad de que se trate que respete los procedimientos de adjudicación previstos en la Directiva 93/36.»

64. Sentencia de 07.12.2000, caso C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH y Telefoadress GmbH c. Telekom Austria and Herold Business Data AG* [2000].

del Derecho comunitario, tales contratos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38, las entidades contratantes que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad.

61. (...) dicho principio implica, en particular, una obligación de transparencia que permite que la entidad adjudicadora se asegure de que el mencionado principio es respetado.
62. La obligación de transparencia que recae sobre la entidad adjudicadora consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.»

Así pues, el principio de no discriminación contenido en el Tratado conlleva una obligación de transparencia en todos los contratos, de tal manera que se garantice «una publicidad adecuada»<sup>65</sup> para abrir el mercado y monitorizar el proceso. Dicho fallo fue confirmado posteriormente en el *asunto Coname*<sup>66</sup> en el cual se otorga una concesión sin publicidad. El Tribunal establece que la obligación de transparencia no alcanza a obligar a la entidad contratante a mandar una invitación de participación, pero sí obliga a proporcionar la información suficiente para que los interesados puedan mostrar su interés en el contrato<sup>67</sup>. Así, si un contrato con interés transfronterizo es adjudicado a un licitador sin haberse publicitado, esta ausencia de transparencia supondría una diferenciación en el trato hacia empresas situadas en otros Estados Miembros.

Esta interpretación extensiva del principio de transparencia abarcó con el tiempo a un mayor número de asuntos, y no sólo circunscrito a las concesiones. En el *asunto An Post*<sup>68</sup> fue la transparencia en los servicios recogidos en el Anexo II B (non priority services), y en *Comisión c. Finlandia* las obligaciones de transparencia en contratos por debajo del umbral fijado en las Directivas<sup>69</sup>. Respecto a los contratos de servicios del Anexo II B, las Directivas los excluyen

---

65. Cuando el Tribunal impone la obligación de «publicidad adecuada», que en la versión inglesa es «degree of advertising», no es fácil aventurar qué niveles de publicidad son los adecuados. En *Telaustria*, el Abogado General Fennelly en el párr. 43 de su Opinión señala que la exigencia de transparencia «no exige que la entidad adjudicadora aplique por analogía las disposiciones de las Directivas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos más pertinentes». Asimismo, en Sentencia de 18.12.2007, caso C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia c. Administración General del Estado (asunto Correos)* [2007], donde se apunta la necesidad de cierta transparencia en la adjudicación directa.

66. Sentencia de 21.07.2005, caso C-231/03 *Consorzio Aziende Metano (Coname) c. Comune di Cingia de' Botti*. [2005].

67. Un razonamiento similar al que seguirá en *Parking Brixen*.

68. Sentencia de 13.11.2007, caso C-507/03, *Comisión c. Irlanda (asunto An Post)* [2007], ECR I-09777.

69. Sentencia de 26.04.2007, caso C-195/04, *Comisión c. Finlandia* [2007], ECR I-03351.

específicamente por considerarlos sin interés transfronterizo. Sin embargo, a raíz del *asunto An Post* se exige un grado suficiente de transparencia como una obligación directamente derivada del Tratado. En dicho caso, se adjudicó sin publicidad un contrato de servicio de correos, catalogado como de clase B, y por tanto con menores obligaciones que el resto. Entre otras cosas, no existía obligación de publicidad ni de adjudicarlo mediante un procedimiento competitivo. Sin embargo, el Tribunal entiende que el hecho de que las Directivas limiten explícitamente la publicidad en este tipo de contratos no impide que se apliquen los preceptos del Tratado (tal como fueron interpretados en *Telaustria*).

Más sorprende la aplicación de dicha interpretación a los contratos por debajo de los umbrales económicos establecidos en las Directivas<sup>70</sup>. Dicha decisión ha sido muy debatida, en cuanto que los umbrales se fijaron como medida objetiva de qué contratos tendrían interés transfronterizo y cuales no. Tras el *asunto Comisión c Finlandia* esta exigencia para los contratos por debajo de los umbrales ha sido confirmada en el *asunto Medipac-Kazantzidis*<sup>71</sup>.

El fundamento jurídico de esta obligación de transparencia directamente derivada del Tratado ha ido cambiando con el tiempo. Si en *Telaustria*<sup>72</sup> el Tribunal deduce la obligación de transparencia del principio de no discriminación por razón de nacionalidad recogido en el Tratado, en *Parking Brixen*<sup>73</sup> considerará que el principio de transparencia deriva de los principios de no discriminación y de trato igualitario:

49. Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad implican, en particular, una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública concedente se asegure de que los mencionados principios son respetados.

La relación existente entre transparencia y tratamiento igualitario nos sirve para enlazar con el siguiente punto donde el Tribunal ha interpretado extensivamente el Tratado: el principio de igualdad de trato. No hay duda de la existencia de dicho principio en las Directivas<sup>74</sup>. Ya antes de quedar recogido en el texto

70. Que los principios del Tratado se aplican a contratos por debajo de los umbrales de las Directivas ha sido confirmado en Sentencia de 03.12.2001, caso C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard c. Spøttrup Boligselskab*. [2001]. Lo que ocurre ahora es que a dichos contratos se le van aplicar obligaciones de transparencia no establecidas en el Tratado.

71. Sentencia de 14.06.2007, caso C-6/05 *Medipac-Kazantzidis AE c. Venizeleio-Pananeio* (PE.S.Y. KRITIS). [2007].

72. Sentencia de 07.12.2000, caso C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH and Telefoadress GmbH c. Telekom Austria and Herold Business Data AG* [2000].

73. Sentencia de 13.10.2005, caso C-458/03 *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen y Stadtwerke Brixen AG*. [2005].

74. El artículo 2 de la Directiva 2004/18 lo recoge expresamente, al lado del principio de discriminación y de transparencia y el Tribunal lo ha ido desarrollando, entre otros, en la Sentencia de 25.04.1996, caso C-87/94, *Comisión c. Bélgica* (asunto Walloon Buses) [1996], la Sentencia de 03.03.2005, asuntos acumulados C-21/03, C-34/03, *Fabricom c. Bélgica* [2005]; la Sentencia de 16.12.2008, caso C-213/07, *Michaniki c. Ethniko Simvoulío Raidotileorasis* [2008].

de éstas, el Tribunal reconocía su existencia ya que «el deber de respetar dicho principio responde a la esencia misma de la Directiva»<sup>75</sup>. Sin embargo, no es pacífico afirmar que tal principio esté recogido directamente en el Tratado. TRIDIMAS<sup>76</sup>, BOVIS<sup>77</sup> o NEUMAYR<sup>78</sup> parecen decantarse por su existencia, mientras que ARROWSMITH y KUNZLIK, no consideran que del Tratado pueda desprenderse un principio de tratamiento igualitario, sino un principio de no discriminación por razón de nacionalidad. Según éstos, interpretar que el Tratado contempla el principio de «equal treatment» es una falacia lógica, ya que se estaría dando por hecho que cómo la no discriminación es una faceta de la igualdad, y hay un principio de no discriminación en el Tratado, debe haber un principio de igualdad<sup>79</sup>. En el mismo sentido, KRUGNER considera que la libertad de movimiento consagrada en el Tratado tan sólo prohíbe la discriminación por razón de nacionalidad, sin pretender contener un principio de tratamiento igualitario<sup>80</sup>. Más directos son Erik PIJNACKER HORDIJK y Maarten MEULENBELT quienes aseguran que, siendo cierto que del principio de trato igualitario en el contexto de un procedimiento competitivo pueden derivarse obligaciones de transparencia, del principio de trato igualitario no se deriva la exigencia de un proceso competitivo<sup>81</sup>. Es decir, que no puede extrapolarse el principio de trato igualitario (típico de las Directivas) allí donde no hay procedimiento competitivo; más allá que la prohibición de discriminación por nacionalidad que indiscutiblemente recoge el Tratado.

Pues bien, el TJUE parece entender que sí existe tal principio en el Tratado. En el *asunto Parking Brixen*<sup>82</sup> afirma que el principio de transparencia que debe

75. Sentencia de 22.06.1993, caso C-243/89, *Comisión c. Dinamarca* (asunto Storebaelt) [1993], p. 33; Más gráfica es la expresión utilizada en la versión inglesa: «that principle lies at the very heart of the directive».

76. TRIDIMAS, T., *General Principles*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

77. «The Court has seen the duty of transparency as representing a concrete and specific expression of the principle of equal treatment, one of the fundamental principles of EU law, which the Member States must observe when they act within the scope of EU law». Cfr. BOVIS, C., «Public Procurement in the EU: Jurisprudence and Conceptual Directions», en *Common Market Law Review*, núm. 49, 2012, p. 285.

78. NEUMAYR, F., «Value for money c. equal treatment: the relationship between the seemingly overriding national rationale for regulating public procurement and the fundamental E.C. principle of equal treatment», en *Public Procurement Law Review*, 2002 (4), p.231.

79. ARROWSMITH, S. y KUNZLIK, P., «EC Regulation of Public Procurement», en ARROWSMITH, S., and KUNZLIK, P. (eds.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, 2009, p. 86.

80. KRUGNER, M., «The principles of equal treatment and transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions», en *Public Procurement Law Review*, núm. 12, 2003, p. 181 y ss.

81. Los autores llegan a decir que el Tribunal confunde el principio de tratamiento igualitario con el de no discriminación. Cfr. «A bridge too far: why the European Commission's attempts to construct an obligation to tender outside the scope of the Public Procurement Directives should be dismissed», en *Public Procurement Law Review*, núm. 14, 2005, p. 126.

82. Sentencia de 13.10.2005, caso C-458/03 *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen y Stadtwerke Brixen AG*. [2005].

regir en las concesiones emana de la no discriminación, pero también del principio de trato igualitario contenido en el Tratado:

48. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los artículos 43 CE y 49 CE constituyen una expresión particular del principio de igualdad de trato (...). La prohibición de discriminación por razón de nacionalidad constituye igualmente una expresión específica del principio general de igualdad de trato (...). En la jurisprudencia relativa a las Directivas comunitarias en materia de contratación pública, el Tribunal de Justicia ha precisado que el principio de igualdad de trato de los licitadores tiene por objeto que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas, con independencia de su nacionalidad (...). De ello se deduce que el principio de igualdad de trato de los licitadores es aplicable a las concesiones de servicios públicos aun cuando no exista una discriminación por razón de nacionalidad.

Esta misma deducción puede encontrarse en el *asunto ANAV*<sup>83</sup>:

20. Además del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, el principio de igualdad de trato de los licitadores es también aplicable a las concesiones de servicios públicos aun cuando no exista una discriminación por razón de la nacionalidad

Quizá este último sea uno de los más significativos, ya que afirma que incluso en ausencia de cualquier discriminación por razón de nacionalidad, el principio de igualdad de trato es aplicable en la adjudicación de los contratos por debajo de los umbrales. Otro ejemplo de la utilización del principio de tratamiento igualitario derivado del Tratado lo encontramos en el *asunto Serrantoni*<sup>84</sup>. En éste, el Tribunal consideró que la legislación Italiana que excluye una forma determinada de consorcio, es contraria al citado principio, en cuanto que supone una discriminación en razón de la forma de organización de los licitadores y a pesar de tratarse de un contrato por debajo de los umbrales financieros. Es interesante observar cómo explícitamente pretende diluir las diferencias entre los contratos regulados por las Directivas y los que quedan excluidos de éstas:

22. En efecto, se desprende de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, en la adjudicación de un contrato cuyo valor no alcance dicho umbral, han de respetarse las normas fundamentales del Tratado y, en particular, el principio de igualdad de trato. El elemento distintivo con respecto a los contratos cuyo valor supere el umbral fijado por las

---

83. Sentencia de 06.04.2006, caso C-410/04 *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) c. Comune di Bari y AMTAB Servizio SpA*. [2006]; el párrafo se copia en el la Sentencia de 18.12.2007, caso C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia c. Administración General del Estado* (asunto Correos) [2007], párr. 74.

84. Sentencia de 23.12.2009, caso C-376/08 *Serrantoni Srl y Consorzio stabile edili Scrl c. Comune di Milano*. [2009].

disposiciones de la Directiva 2004/18 es que únicamente estos últimos se someten a los procedimientos concretos y rigurosos previstos por sus disposiciones.

36. A este respecto, el tribunal remitente señala que todas estas formas de consorcios son esencialmente idénticas y no presentan entre ellas diferencias de finalidad ni de organización susceptibles de justificar una desigualdad de trato.

Sin embargo, como apunta Sylvia DE MARS, los últimos fallos del Tribunal parecen estar mitigando esta doctrina<sup>85</sup>. El Tribunal parece cambiar de criterio en algunos fallos. En *Comisión c. Italia*, el Tribunal afirma que los artículos 43 y 49 del Tratado, «no establecen una obligación general de igualdad de trato, sino que contienen, tal como se desprende de la jurisprudencia citada en el apartado 66 de la presente sentencia, una prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad»<sup>86</sup>. También RISVIG HANSEN cree observar un giro jurisprudencial a partir del *asunto Strong Segurança*, que supone un intento del Tribunal de poner límite al desarrollo jurisprudencial que vivía la creación de obligaciones que no se encontraban en la legislación secundaria<sup>87</sup>. Precisamente el fallo alerta de las consecuencias que tendría aplicar de manera extensiva el principio de tratamiento igualitario, que acabaría por suponer la aplicación absoluta de la Directiva. Así, el fallo pone de manifiesto que el principio de igualdad de trato no puede llevar a imponer obligaciones no previstas en la Directiva. En el supuesto de hecho se pretende que en un contrato de servicios de vigilancia y seguridad, incluido en el anexo II B, se proporcione determinada información económica, cuando las Directivas no lo prevén para ese tipo de contratos.

41. La inexistencia de esta obligación no supone ninguna discriminación, directa o indirecta, por razón de la nacionalidad o del lugar de establecimiento.
42. Ha de señalarse que un enfoque tan extensivo del alcance del principio de igualdad de trato podría llevar a la aplicación, a los contratos de servicios comprendidos en el anexo II B de la Directiva 2004/18, de otras disposiciones esenciales de la misma Directiva (...) Se correría así el riesgo de privar de todo efecto útil a la distinción entre los servicios de los anexos II A y II B que lleva a cabo la Directiva 2004/18 y a la aplicación de ésta en un doble régimen, en los términos utilizados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>88</sup>.

85. DE MARS, S., «The limits of general principles: a procurement case study», *European Law Review*, núm. 38 (3), 2013, p. 322.

86. Sentencia de 21.02.2008, caso C-412/04, *Comisión c. Italia* [2008], ECR I-00619, párr. 103.

87. En este sentido, RISVIG HANSEN, C., *Positive obligations derived from the Treaties*, en <http://wopppaa.org/wp-content/uploads/2012/09/PAPER-III.3-POSTIVE-OBLIGATIONS-DERIVED-FROM-THE-EU-TREATIES.pdf>, p. 645 (consultado el 4 de noviembre de 2013).

88. Sentencia de 17.11.2011, caso C-95/10 *Strong Segurança SA c. Município de Sintra* [2011], ECR I-01865.

Así pues, el Tribunal en este caso sí entiende que la aplicación de las obligaciones establecidas para los servicios del anexo II A a los contratos del II B supondría eliminar la barrera que conscientemente ha fijado el legislador comunitario. El *asunto Wall* también supone un freno al avance de la citada doctrina de la igualdad de trato más allá de las Directivas<sup>89</sup>. El Tribunal considera que cuando una concesionaria celebra un contrato de servicios «la obligación de transparencia que se deriva de los artículos 43 CE y 49 CE, así como de los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad no se aplica»<sup>90</sup>. Otro de los fallos que pone coto a la doctrina de la igualdad de trato es el *asunto Comisión c. Irlanda*<sup>91</sup>. En este caso el Tribunal decide no aplicar a los contratos excluidos de las Directivas la doctrina sentada en los asuntos *ATI EAC* y *Lianakis*<sup>92</sup> sobre el desglose de criterios y subcriterios de adjudicación.

43. Sin embargo, si bien es cierto que la obligación de indicar la ponderación relativa de cada uno de los criterios de adjudicación en la fase de la publicación del anuncio de licitación, tal como dispone actualmente el artículo 53, apartado 2, de la Directiva, responde a la necesidad de garantizar el respeto del principio de igualdad de trato y el cumplimiento de la obligación de transparencia que de él se deduce, no es menos cierto que, a falta de disposición específica en este sentido en esa Directiva, no está justificado considerar que el alcance de este principio y de esta obligación llega hasta exigir que, en el marco de los contratos no sujetos a una disposición como su artículo 53, la ponderación relativa de los criterios utilizados por el órgano de contratación se determine previamente y se anuncie a los licitadores potenciales cuando se les invita a presentar sus ofertas.

En estos tres asuntos se observa cómo el Tribunal trata de acotar el uso del principio y no hacerlo pender directamente del Tratado. Lo cierto es que si hubiese seguido la doctrina del tratamiento igualitario hubiese tenido que reco-

---

89. Sentencia de 13.04.2010, caso C-91/08 *Wall AG c. La ville de Francfort-sur-le-Main y otros* [2010], ECR I-02815.

90. Siempre y cuando la empresa concesionaria: «1) ha sido constituida por dicho ente territorial para desarrollar actividades de eliminación de residuos y limpieza urbana, pero que igualmente desarrolla su actividad en el mercado; 2) pertenece en un 51% a dicho ente territorial, pero que, no obstante, los acuerdos de gestión sólo pueden adoptarse con una mayoría de tres cuartos de los votos emitidos en la junta general de esa empresa; 3) únicamente una cuarta parte de los miembros del consejo de vigilancia, incluido el presidente de éste es nombrado por dicho ente territorial; y 4) obtiene más de la mitad de su volumen de negocios en virtud de contratos sinalagmáticos relativos a la eliminación de residuos y limpieza urbana en el territorio del citado ente territorial, de tal forma que éste lo financia mediante el cobro de impuestos municipales pagados por sus administrados.

91. Sentencia de 18.11.2010, caso C-226/09 *Comisión c. Irlanda* [2010], ECR I-11807.

92. Sentencia de 24.11.2005, en el caso C-331/04 *ATI EAC y otros c. ACTV Venezia SpA, Provincia di Venezia and Comune di Venezia*. [2005]; Sentencia de 24.01.2008, en el caso C-532/06 *Emm. G. Lianakis AE c. Dimos Alexandroupolis* [2008].

nocer que las obligaciones concretas fijadas en las Directivas se aplican a contratos excluidos de éstas. Como dice la profesora ARROWSMITH comparándolo con lo sucedido con el principio de transparencia, «such a principle could be used to introduce many of the directives requirements into the Treaty»<sup>93</sup>. Y precisamente esto, el introducir obligaciones de las Directivas en el Tratado, hace que se produzcan una serie de consecuencias indeseadas.

### III. IMPLICACIONES, CRÍTICA Y CONSECUENCIAS DE LA DOCTRINA

De lo dicho hasta ahora puede deducirse que la principal implicación que tiene este fenómeno es la aplicación de normas o principios contenidos en las Directivas a determinados supuestos excluidos explícitamente por éstas. Desde un punto de vista puramente práctico, la mayor crítica que se hace de la citada doctrina es la enorme inseguridad jurídica que provoca. Las Directivas fijan una serie de procedimientos que coadyuvan al respeto de los principios de transparencia e igualdad de trato incorporados en éstas. Sin embargo, el Tribunal afirma que del Tratado se desprende la obligación de «publicidad adecuada» o de un trato igualitario sin especificar (constitucionalmente tampoco podría) en que consisten esas obligaciones. Ello deja a los poderes adjudicadores ante la incertidumbre de no saber cómo actuar y, en muchos casos, ante la necesidad de aplicar analógicamente las disposiciones del Tratado. Por ejemplo, a la hora de adjudicar una concesión no se sabe el grado de transparencia, en su vertiente de publicidad necesaria, que debe tener para no estar infringiendo las previsiones del Tratado. La profesora Sue ARROWSMITH llega a hablar de un sistema de exigencias paralelo<sup>94</sup>, mismos términos que utilizan Roberto CARANTA y TREUMER<sup>95</sup>. También BOVIS hace referencia al mismo fenómeno:

«On the other hand, the Court is keen to subject these contracts to some form of competition and has supplemented the public procurement directives with EU law principles which ensure a parallel process of procurement with dimensional public contracts. This development has created uncertainty in the market and resulted in a dysfunctional application of procurement rules to those contracts.»<sup>96</sup>

En cierta medida, supone regular la contratación europea a través de prin-

93. ARROWSMITH, S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2ª ed., Sweet and Maxwell, London, 2005, p. 198.

94. ARROWSMITH, S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2ª ed., Sweet and Maxwell, London, 2005, p. 197.

95. Preface DRAGOS, D. y CARANTA, R. (eds.), *Outside the EU Procurement Directives-Inside the Treaty*, DJOF Publishing, Copenhague, 2012, p.15.

96. BOVIS, C., «Public Procurement in the EU: Jurisprudence and Conceptual Directions», en *Common Market Law Review*, núm. 49, 2012, p.288; el autor además añade una crítica de carácter económico, al considerar que aplicar obligaciones positivas a determinados contratos excluidos, como es el caso de los contratos por debajo del umbral financiero, no es eficiente: «The administrative and procedural burdens on the part of contracting authorities often exceed any potential efficiency benefits resulting from competitively tendering sub-dimensional contracts. In addition, adequate safeguards against intentional division of dimensional contracts into lots in order to avoid the applicability of the public procurement directives exist in the current acquis.»

principios generales en lugar de reglas. En un intento «polémico» de atajar este problema, la Comisión en la Comunicación de 2006<sup>97</sup>, da respuesta a aquellos países e interesados que «han pedido a la Comisión que oriente sobre cómo aplicar los principios básicos que se derivan de esa jurisprudencia». En efecto, la Comisión pretende esclarecer la doctrina jurisprudencial del Tribunal, o al menos fijar cómo debe ser interpretada<sup>98</sup>. Sin embargo, fue la ocasión perfecta para que los Estados Miembros y el Parlamento mostrasen su descontento por la deriva que había tomado la situación. El 12 de septiembre de 2006 Alemania<sup>99</sup> planteó una acción contra la Comisión, pretendiendo la declaración de nulidad de dicha Comunicación al considerar que innovaba las reglas de contratación existentes. La Comunicación, según Alemania, suponía la aprobación *de facto* de nuevas normas. Si hasta ahora el Tribunal sólo había considerado el requisito de «publicidad suficiente» derivado de la obligación positiva de transparencia aplicable a las concesiones, la Comisión en su Comunicación parece extenderlo a todos los contratos fuera del alcance de las Directivas<sup>100</sup>. Sin embargo, mediante la Sentencia del Tribunal General de 20 de mayo de 2010, caso T-258/06, *Alemania c. Comisión* [2010], el Tribunal desestima la acción, al considerar que la Comunicación no tiene efecto vinculante. Según PETERSEN, que el Tribunal haya inadmitido la acción de Alemania supone un caso de *soft law* con impacto real en la regulación nacional<sup>101</sup>. Es decir, una comunicación interpretativa que es utilizada por la Comisión para guiar la actitud de los Estados, como aviso de que quien no cumpla con ello será objeto de una acción de incumplimiento. BRAUN habla directamente de estrategia legislativa de la Comisión, que supone la imposición de deberes cuasi-regulatorios a los Estados, sin

97. DOUE 2006/C179/02, *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas*.

98. La Comisión ha aceptado y respaldado siempre este tipo de interpretación extensiva del Tratado, entendiéndolo que existe un principio de tratamiento igualitario en paralelo al de no discriminación por razón de nacionalidad. Es más, ha ido siempre un paso por delante, yendo más allá de la propia interpretación del Tribunal. Así, en el *Green Paper: Public procurement in the European Union: exploring the way forward*, November 27, 1996, ya consideraba que dichos principios se encontraban implícitos en el Tratado: «The foundations of the Community's open procurement rules are to be found in the EC Treaty, particularly in those provisions which guarantee the free movement of goods, services and capital, establish fundamental principles (equality of treatment, transparency and mutual recognition) and prohibit discrimination on grounds of nationality establish fundamental principles (equality of treatment, transparency and mutual recognition) and prohibit discrimination on grounds of nationality» (p. 3)

99. Apoyada por Francia, Austria, Polonia, Holanda, Grecia, Reino Unido y el Parlamento Europeo.

100. BROWN, A., «Case T-258/06: the German challenge to the Commission's Interpretative Communication on contracts not subject to the Procurement Directives», *Public Procurement Law Review*, 2007, p. 84.

101. PETERSEN, Z., «Below-threshold Contract Awards Under EU Primary Law: Federal Republic of Germany c. Commission (T-258/06)», en *Public Procurement Law Review*, núm. 6, 2010. Sobre los efectos del *soft law* consultar SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., *El soft law administrativo: un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Civitas, 2008.

la necesidad de llevar a cabo un proceso legislativo. El autor se pronuncia en contra de dichas Comunicaciones Interpretativas, afirmando que se trata de una auténtica estrategia legislativa que va más allá de la mera interpretación, lo cual es irreconciliable con el proceso legislativo europeo<sup>102</sup>.

Precisamente, otra de las críticas que se puede hacer a la doctrina de las obligaciones positivas es el impacto que tiene en la arquitectura constitucional europea. No podemos olvidar que las Directivas se han aprobado siguiendo un complejo mecanismo legislativo a través del cual se concilian los intereses nacionales y transnacionales. Ese tira y afloja entre niveles, esas primeras, segundas y terceras lecturas, ese largo proceso, lleva, por ejemplo, a dejar fuera del alcance de las Directivas determinados tipos de contratos, o a establecer umbrales económicos por debajo de los cuales los Estados Miembros pueden legislar con cierta discrecionalidad. Pues bien, es una crítica común el considerar que el Tribunal lleva a cabo cierta labor legislativa cuando lleva a cabo interpretaciones extensivas del Tratado en base a las Directivas. Cabe preguntarse qué competencia tiene atribuida el Tribunal para dar cobertura legislativa a supuestos que han querido, por razones históricas o políticas, mantenerse fuera del alcance de la legislación<sup>103</sup>. Los casos estudiados nos sitúan ante lo que TREUMER y WERLAUFF denomina «model of law-creating interpretation»<sup>104</sup>.

También en una perspectiva constitucional se ha apuntado que una interpretación amplia del Tratado conlleva una limitación de la discreción de los Estados Miembros para configurar su sistema de contratación<sup>105</sup>. Podría incluso profundizarse en cómo impacta esta doctrina en el principio de subsidiariedad que articula las relaciones entre la Unión y los Estados. Esto nos lleva a reflexionar acerca del efecto que podría tener la aplicación extensiva del principio de trato igualitario sobre la posibilidad, ya limitada, de introducir especificaciones basadas en objetivos medioambientales o sociales. Antes el poder adjudicador tenía que evitar infringir las libertades del Tratado, que pretendían luchar contra la no discriminación por razón de nacionalidad para así abrir la contratación al comercio intracomunitario. A partir de ahora, si llevamos la doctrina de la igualdad de trato hasta sus máximas consecuencias, y entendemos que del Tratado pende un principio absoluto de trato igualitario, y no sólo de no discriminación por razón de nacionalidad, podemos considerar contrario al Tratado cualquier condición que dé ventaja a un contratista frente a otro, aunque no estuviese afectando al comercio entre Estados. Siempre, claro, que exista un interés transfronterizo potencial. En definitiva, esta doctrina llevada a su máxima expresión podría restringir la discrecionalidad de los Estados Miembros.

Otra de las incertidumbres que arroja esta interpretación es su posible efecto sobre las Directivas mismas. Si aceptamos que del Tratado se desprenden los principios citados, entonces habrá que revisar el contenido de las Directivas

102. BRAUN, P., «A matter of principle(s)...*op. cit.*, p. 47.

103. ARROWSMITH, S., *The Law of Public ... op. cit.*, p. 197.

104. TREUMER, S. y WERLAUFF, E., «The Leverage Principle... *op. cit.* p. 125.

105. ARROWSMITH, S., *The Law of Public... op. cit.*, p. 133.

a la luz de esta doctrina. Es cierto que en muchos casos las Directivas ya contienen previsiones exhaustivas que dan cumplimiento a los principios de transparencia e igualdad de trato. Pero, si entendemos que dichos principios cuelgan del Derecho primario quizá haya que replantear el uso de determinados procedimientos de adjudicación, como por ejemplo el procedimiento negociado sin publicidad tan utilizado en nuestro país. En este sentido parece pronunciarse NEUMAYR, cuando asegura que la aplicación del principio de no discriminación del Tratado lleva a prohibir cualquier uso de métodos que pongan en desventaja a posibles licitadores extranjeros, como es el caso de los métodos no transparentes<sup>106</sup>.

La pregunta que surge entonces es si los Estados deben realizar las modificaciones pertinentes en sus legislaciones para adoptar estas obligaciones positivas<sup>107</sup>. Del análisis realizado por la profesora DE MARS se extrae que los Estados no han modificado su normativa ante la interpretación expansiva del Tribunal<sup>108</sup>. Los Estados se mantienen expectantes y se acogen a lo afirmado por el Tribunal en el *asunto SECAP*<sup>109</sup> en el que se afirma que los Estados no tienen la obligación de adaptar su legislación para dar cumplimiento a estas decisiones del TJUE, siempre y cuando la regulación nacional no las contravenga<sup>110</sup>. Quizá una de las causas que explica esta situación es que la mayoría de Estados (con excepciones como Reino Unido) tienen normas que regulan con cierto detalle los contratos que quedan fuera del alcance de las Directivas<sup>111</sup>; y dichas normas suelen contener los principios de transparencia y de tratamiento igualitario que exige del Tratado cuando hay interés transfronterizo.

- 
106. «...prohibits the use of procurement procedures that put foreign bidders at a disadvantage, as can be the case with highly non-transparent ones». Cfr. NEUMAYR, F., «Value for money c. equal treatment: the relationship between the seemingly overriding national rationale for regulating public procurement and the fundamental E.C. principle of equal treatment», en *Public Procurement Law Review*, núm. 4., 2002, p.222.
107. Una perspectiva comparada de cómo los estados han reaccionado ante la doctrina de las obligaciones positivas es la que se recoge en DRAGOS, D. y CARANTA, R. (eds.), *Outside the EU Procurement Directives-Inside the Treaty*, DJOF Publishing, Copenhague, 2012. El texto recoge las experiencias de Francia, Italia, España, Alemania, Reino Unido, Polonia, Dinamarca o Rumanía.
108. DE MARS, S., «The limits of general principles... *op. cit.*, p. 332.
109. Asuntos Sentencia de 18.12.2007, caso C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia c. Administración General del Estado (Correos Case) [2007], ECR I-12175; y *SECAP y Santorso c. Comune di Torino* [2008], ECR I-03565.
110. Sentencia de 13.10.2005, caso C-458/03 *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen y Stadtwerke Brixen AG*. [2005], p. 52: «De lo anterior se desprende que los Estados miembros no deben mantener en vigor una normativa nacional que permita la adjudicación de concesiones de servicios públicos sin licitación, puesto que tal adjudicación infringe los artículos 43 CE o 49 CE, o vulnera los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia».
111. Puede consultarse un cuadro descriptivo comparando la situación de los países europeos en COMBA, M. E. y RICHTETTO, S., «Minor Contracts': Outside the Directives and Outside the Treaties? Comparative analysis on public procurement below the threshold in Europe», en DRAGOS, D. y CARANTA, R. (eds.), *Outside the EU Procurement Directives-Inside the Treaty*, Copenhague, DJOF Publishing, 2012, p. 365.

#### IV. EL EFECTO DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN EN LA PROBLEMÁTICA

En enero de 2014 se espera la aprobación del nuevo paquete de Directivas sobre contratación, así como una nueva Directiva sobre concesiones. Ello puede arrojar cierta luz sobre los problemas aquí abordados, pero en ningún caso puede acabar con la polémica. Por un lado, muchos de los servicios ahora categorizados como *non priority services*, exentos en las Directivas de 2004, pasarán a estar sujetos al régimen completo de las Directivas (con la excepción de ciertos servicios, como algunos servicios sanitarios que seguirán bajo un régimen *ligero*). Por otro lado, se aprueba una novedosa Directiva sobre concesiones, siendo uno de sus principales objetivos el de proporcionar una mayor seguridad jurídica sobre el grado de transparencia en la adjudicación. Parece claro, por tanto, que un mayor número de casos se incorporan al ámbito de aplicación de las Directivas. Surge entonces la pregunta de si el contenido de estas Directivas en lo que se refiere a las obligaciones de transparencia es exhaustivo o no, así como si será abandonada la doctrina de las obligaciones positivas del Tratado mantenida por el TJUE. La respuesta en ambos casos es en sentido negativo. Las Directivas pueden pretender regular de manera exhaustiva las obligaciones de transparencia de los contratos y concesiones bajo su alcance, pero puede ocurrir, como ya ha pasado en otras ocasiones, que el TJUE deduzca obligaciones adicionales a las contenidas en las Directivas<sup>112</sup>. Es decir, del Tratado se desprende unas obligaciones de transparencia indeterminadas que pueden esgrimirse para supuestos cubiertos por las Directivas. Negar esto sería afirmar que la legislación secundaria puede moldear y modular el alcance de obligaciones contenidas en la legislación primaria. Por otro lado, nada nuevo se dice en las nuevas Directivas sobre los contratos por debajo de los umbrales financieros. Umbrales que, con algún excepción<sup>113</sup>, se mantienen igual que los fijados anteriormente<sup>114</sup>.

Un elemento que puede reconducir la aplicación de las obligaciones derivadas del Tratado es la nueva Directiva sobre concesiones, que recoge la jurisprudencia existente sobre la materia. Ello sitúa un gran bloque de contratos bajo la cobertura de la legislación secundaria y sus obligaciones, proporcionando mayor seguridad jurídica. Sin embargo, nada impide que el Tribunal decida aplicar la doctrina de las obligaciones positivas a las concesiones que se sitúen por debajo de los umbrales fijados. Será entonces una buena oportunidad para

112. Ejemplo de ello es la obligación de definir los criterios, subcriterios y la ponderación que servirá para otorgar el contrato. En este sentido el *asunto Universale-Bau*, el *asunto ATI*, el *asunto Lianakis*, el *asunto EMSA*, o el más reciente *asunto Max Havelaar*. Todos ellos ahondan en las obligaciones establecidas en las Directivas y parecen exigir transparencia en aspectos en los que las Directivas no se habían pronunciado.

113. Excepción como por ejemplo los servicios que dejan de estar en el Anexo B y gozan de un régimen de menor densidad normativa.

114. Aunque los umbrales no eran condición necesaria de la existencia de interés transfronterizo, lo cierto es que la nueva directiva apunta a una presunción negativa en caso de no superar dichos umbrales, que deberá ser desvirtuada por el interesado.

comprobar la voluntad del Tribunal. Resulta reveladora la reciente Sentencia de 14 de noviembre de 2013, caso C-388/12, *Comune di Ancona c. Regione Marche* [2013], que considera contraria al Derecho europeo la adjudicación de una concesión sin publicidad ni licitación, al entender que existía interés transfronterizo. Para ello huye de criterios cuantitativos y se refugia en la potencialidad del interés, entendiendo que:

51. (...)En efecto, en el marco de una estrategia económica que pretende extender una parte de sus actividades a otro Estado miembro, una empresa puede tomar la decisión táctica de solicitar, en dicho Estado miembro, la adjudicación de una concesión, pese a que ello no pueda, como tal, generar beneficios adecuados, pues ciertamente tal ocasión le puede servir para establecerse en el mercado de dicho Estado y darse a conocer con el fin de preparar su expansión futura.

Lo más probable es que el Tribunal concilie las Directivas, que fijan un umbral de 5 millones de euros, y esta interpretación a través de la doctrina de las obligaciones positivas directamente deducibles del Tratado. Así pues, no hay duda es que todavía hay campo suficiente para la aplicación y (quizá) desarrollo de la doctrina de las obligaciones positivas.

Será interesante ver si la regulación más detallada de las nuevas Directivas frena al Tribunal a la hora de hacer interpretaciones extensivas del Tratado. Asimismo, dado que las Directivas no afrontan el problema de manera clara y directa, surgen varios interrogantes ¿Podrían las nuevas Directivas (Comisión-Consejo-Parlamento) suscribir punto por punto la doctrina del Tribunal? ¿Podrían haber discrepado en alguna cuestión?

## V. CONCLUSIONES

Tras haber estudiado el proceso seguido por el Tribunal de Justicia a la hora de interpretar el Tratado y las Directivas, puede llegarse a las siguientes conclusiones:

PRIMERO. Las entidades adjudicadoras deben respetar las libertades consagradas en el Tratado, asegurándose que los pliegos de contratación no infringen ninguna de las prohibiciones que se deducen del Tratado. La existencia de dichas obligaciones negativas o prohibiciones ha sido aceptada pacíficamente por la Academia Estén cubiertos o no por las Directivas, todos los contratos de los poderes adjudicadores deberán cumplir con los preceptos del Tratado.

SEGUNDO. Tras los diversos fallos estudiados en el artículo se observa la aparición de la doctrina de las obligaciones positivas. El Tribunal realiza una interpretación extensiva del Tratado que lleva a afirmar la existencia del principio trato igualitario y de transparencia directamente de los preceptos del Tratado. Ello supone que las entidades adjudicatarias a la hora de licitar contratos excluidos del ámbito de las Directivas deban cumplir determinadas previsiones que impactan de lleno en cómo se llevan a cabo los procesos de adjudicación.

El grado de publicidad, el método elegido o la exclusión de licitadores deberá ser examinada a la luz de estas nuevas obligaciones positivas.

TERCERO. Dicha doctrina trae consigo muchos problemas jurídicos, tanto de índole práctico como constitucional. El más importante entre los primeros es el de la inseguridad jurídica, ya que el Tribunal aborda los asuntos a través de conceptos jurídicos indeterminados como «interés transfronterizo» o grado de «publicidad adecuada». Por ello sostenemos que se trata de una doctrina excesivamente casuística. Como consecuencia, las entidades adjudicatarias buscan cierta seguridad jurídica en dos fuentes. Por un lado, en las interpretaciones «no vinculantes» de la Comisión. Por otro, en el contenido de las propias Directivas. Ello puede suponer que se desvanezcan los límites entre los contratos sujetos a las Directivas y los expresamente excluidos. Exclusiones que fueron expresamente concebidas. De ahí que una de las mayores críticas a esta doctrina es de índole constitucional: las interpretaciones extensivas del Tratado, influidas claramente por el contenido de las Directivas, pueden considerarse una invasión de la función legislativa por parte del Tribunal. Se ha criticado que éste pretenda cubrir las lagunas de las Directivas a través de la aplicación directa del Tratado.

CUARTO. Llevando a su máxima expresión la doctrina de las obligaciones positivas cabe plantearse si ciertas prácticas recogidas en las Directivas no son contrarias a ésta. Si aceptamos que del Tratado cuelga una obligación de transparencia y un principio de trato igualitario, métodos como el negociado sin publicidad, o la inclusión de objetivos secundarios en los pliegos sería contrario a ello. Es decir, que tanto el legislativo europeo como el nacional deben tener en cuenta la doctrina a la hora de aprobar Directivas y Leyes de contratación. De ahí que quizá el Tribunal haya matizado algo la doctrina en fallos como *Strong Segurança* o *Comisión c. Irlanda* si lo comparamos con *ANAV* o *Serrantoni*.

QUINTO. La aprobación de un nuevo paquete de Directivas no parece que vaya a ser suficiente para frenar la aplicación y extensión de dicha doctrina. Ciertamente traerá mayor seguridad jurídica para las concesiones y para los servicios, al aprobarse una Directiva de concesiones y desaparecer la clasificación por anexos respectivamente. Sin embargo, el razonamiento del Tribunal seguirá siendo perfectamente aplicable a los contratos y concesiones por debajo del umbral o a los servicios sometidos a régimen especial (el llamado «light regime»). Es interesante observar las tensiones existentes entre un régimen encarnado por las Directivas que pretende ir hacia mayor flexibilidad y simplicidad, frente a una doctrina que parece fijar unos mínimos absolutos que no pueden ser vulnerados. En todo caso, habrá que estar pendiente de la evolución jurisprudencial para comprobar la voluntad del Tribunal.

## BIBLIOGRAFÍA

ARROWSMITH, S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2ª ed., Sweet and Maxwell, London, 2005

– «The Purpose of the EU Public Procurement Directives: Ends, Means, and

the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies», en *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 14, 2011-2012, p. 1-47

ARROWSMITH, S., and KUNZLIK, P. (eds.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, 2009

BARNARD, C., *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, 4ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2013

BOVIS, C., «Public Procurement in the EU: Jurisprudence and Conceptual Directions», en *Common Market Law Review*, núm. 49, 2012

BRAUN, P., «A matter of principle(s)-the treatment of contracts falling outside the scope of the European public procurement directives», en *Public Procurement Law Review*, 2000

DE MARS, S., «The limits of general principles: a procurement case study», *European Law Review*, núm. 38 (3), 2013

DRAGOS, D. y CARANTA, R. (eds.), *Outside the EU Procurement Directives-Inside the Treaty*, DJOF Publishing, Copenague, 2012

– COMBA, M. E. y RICETTO, S., «Minor Contracts!: Outside the Directives and Outside the Treaties? Comparative analysis on public procurement below the threshold in Europe», pp. 359-369

KRUGNER, M., «The principles of equal treatment and transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions», en *Public Procurement Law Review*, núm. 12, 2003

LENAERTS, K., «In the Union we trust: trust-enhancing principles of Community Law», *Common Market Law Review*, núm. 41, 2004

MCGOWAN, D., «Clarity at Last? Low Value Contracts and Transparency Obligations», en *Public Procurement Law Review*, núm. 16, 2007, pp. 274 y ss

NEUMAYR, F., «Value for money c. equal treatment: the relationship between the seemingly overriding national rationale for regulating public procurement and the fundamental E.C. principle of equal treatment», en *Public Procurement Law Review*, núm 4., 2002, p.222

PETERSEN, Z., «Below-threshold Contract Awards Under EU Primary Law: Federal Republic of Germany c. Commission (T-258/06)», en *Public Procurement Law Review*, núm. 6, 2010

PIJNACKER HORDIJK, E. y MEULENBELT, M., «A bridge too far: why the European Commission's attempts to construct an obligation to tender outside the scope of the Public Procurement Directives should be dismissed», en *Public Procurement Law Review*, núm. 14, 2005, pp. 123

RISVIG HANSEN, C., *Contracts not covered or not fully covered by the Public Sector Directive*, Djof Publishing Co., Copenhagen, 2012

- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, D., *El soft law administrativo: un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Civitas, 2008
- TREPTE, P., *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2004
- TREUMER, S. y WERLAUFF, E., «The leverage principle: secondary Community law as a lever for the development of primary Community law», en *European Law Review*, núm. 28, 2003
- WEISS, F., *Public Procurement in European Community Law*, The Athlone Press, Londres 1993.