

Las nuevas directivas sobre la contratación pública en la Unión Europea: renovación normativa y experiencia judicial*

David Ordóñez Solís

Magistrado de lo contencioso-administrativo, doctor en Derecho y licenciado especial en Derecho Europeo por la Universidad de Bruselas

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA FUERZA EXPANSIVA DEL MERCADO ÚNICO EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EUROPEA: RECONOCIMIENTO MUTUO, IGUALDAD DE TRATO Y TRANSPARENCIA
- III. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA: NOVEDADES LEGISLATIVAS Y DESARROLLOS JURISPRUDENCIALES—A) *El ámbito objetivo de aplicación de las nuevas Directivas de contratación pública*—1. La lucha contra el fraccionamiento fraudulento de los contratos—2. La expansión y la restricción en la aplicación de las Directivas clásicas: el Derecho urbanístico y los contratos reservados por razones sociales—3. La liberalización de la economía en los sectores especiales de contratación pública: la exclusión de las telecomunicaciones y la regulación del sector postal—B) *El ámbito subjetivo de aplicación de las nuevas Directivas de contratación pública: los «poderes adjudicadores» y las «entidades adjudicadoras»*—1. Los poderes adjudicadores y la delimitación de los «organismos de Derecho público» en la jurisprudencia comunitaria—2. La exclusión de los contratos «in house providing» del ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública
- IV. LAS OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DE LAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA: NOVEDADES NORMATIVAS E INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL—A) *La adaptación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos: el procedimiento negociado, el diálogo competitivo, los «acuerdos marco» y la utilización de los medios electrónicos de contratación*—1. Los límites del procedimiento negociado en las Directivas y en el Derecho comunitario primario—2. El nuevo procedimiento de adjudicación de contratos en los sectores clásicos: el diálogo competitivo—3. Los «acuerdos marco» en el ámbito de la contratación pública—4. La mo-

* El presente estudio constituye la base de una conferencia pronunciada en Lisboa en el Instituto Nacional de Administración de Portugal; agradezco la invitación a su presidente, el profesor LUIS VALADARES TAVARES, y a Jaime NICOLÁS MUÑIZ que me haya encomendado el desarrollo de esta ponencia

dernización de los procedimientos de adjudicación mediante la contratación pública electrónica: los «sistemas dinámicos de adquisición»-B) *La publicidad «europea» de los contratos públicos en la Unión Europea*-C) *La aptitud de los candidatos en los procedimientos de contratación pública: exigencias constitucionales, desarrollos legislativos e interpretación judicial*-D) *Las especificaciones técnicas de los contratos públicos, las políticas comunitarias y el mercado único europeo*-E) *Los criterios de adjudicación de los contratos públicos: objetividad, publicidad y subastas electrónicas*-1. La objetividad y la publicidad de la ponderación de los criterios para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa-2. Las «subastas electrónicas»

- V. LOS PROCEDIMIENTOS DE RECURSO EN LA APLICACIÓN DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA-A) *Las medidas provisionales en materia de contratación pública*-B) *La anulación de los actos del procedimiento de contratación pública*-B) *La indemnización por incumplimiento de las obligaciones comunitarias en materia de contratos públicos*
- VI. LA RENOVACIÓN DEL MARCO LEGISLATIVO ESPAÑOL DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO-A) *Los «contratos sujetos a regulación armonizada» y la aplicación de las Directivas: un paso atrás*-B) *Las soluciones «españolas» al cumplimiento de obligaciones comunitarias: la confusión*
- VII. CONCLUSIÓN
-

I. INTRODUCCIÓN

La regulación y la apertura de los contratos públicos en la Unión Europea sólo pueden comprenderse en clave de mercado. De hecho, la importancia económica de la contratación pública en la economía europea, al rondar en estos momentos un 16% del PIB de la Unión Europea, exigió que, una vez establecido el mercado común de los 6 países fundadores a finales de los años 60, se adoptasen directivas de armonización legislativa para *facilitar* la integración económica europea¹. En este ámbito se ha producido un visible fenómeno de liberalización de los regímenes nacionales de contratación pública, pero la revolución «jurídica» que ha supuesto en los Derechos nacionales ha sido paulatina y, en todo caso, la contribución del Tribunal de Justicia ha tenido una trascendencia extraordinaria.

En efecto, la primera característica del régimen comunitario europeo de contratación pública es la *liberalización* y la *convergencia* entre los distintos sistemas nacionales. Desde los primeros momentos se plantearon problemas derivados de las tradiciones nacionales –cultural y administrativamente divergentes–; piénsese, por ejemplo, que en Alemania el primer tratado sistemático sobre contratación pública se publica en 1978². Sin embargo, se inició a partir de la adopción en 1971 de las primeras Directivas de armonización del procedimiento de adjudicación de los contratos de obras un proceso de *europaización*, lo que en este caso equivale a liberalización, de un ámbito sometido a prerrogativas y sujeto a actuaciones poco transparentes de los poderes públicos. Este proceso de liberalización significa fundamentalmente la sumisión de los poderes públicos a procedimientos transparentes y objetivos de selección de los contratistas y de adjudicación de los contratos sin que sea posible discriminar a las empresas por su procedencia. Pues bien, este proceso ha permitido crear un acervo común y conciliar las más diversas tradiciones, principalmente de filiación francesa, germánica y anglosajona, en materia de contratos celebrados por los poderes públicos.

La segunda nota del régimen comunitario es el *gradualismo* en la adopción del marco normativo europeo. Esta evolución paulatina se inicia con la adopción de las directivas del «mercado común»: la Directiva sobre los procedimientos de adjudicación del contrato de obras de 1971 y la Directiva

¹ En 2003 el informe elaborado por el grupo presidido por ANDRÉ SAPIR, *An Agenda for a Growing Europe. Making the EU Economic System Deliver*, Bruselas, julio de 2003, pg. 15, recordaba que mientras en 1987 los contratos adjudicados a empresas establecidas en otros países de la Comunidad Europea alcanzaban el 6%, en la Unión Europea de 1998 el porcentaje había subido al 10%.

² Peter M. HUBER, «The Europeanization of Public Procurement in Germany», *European Public Law* vol. 7/1, 2001, pgs. 33-49.

sobre los contratos de suministro de 1977. A continuación se aprobaron las directivas del «mercado único» europeo en los sectores que habían quedado excluidos (1988) y respecto de los contratos de servicios (1992), tal como se preveían en el Libro blanco de 1985; asimismo, dados los incumplimientos de las dos primeras Directivas, se adoptaron sendas Directivas en los sectores clásicos (1989) y en los sectores excluidos (1992). De este modo y después de someterse a un primer proceso de codificación a principios de los años 90 hasta ahora han estado en vigor las tres Directivas en los *sectores clásicos* de los contratos de obras (Directiva 93/37/CEE), de los contratos de suministro (Directiva 93/36/CEE) y de los contratos de servicios (Directiva 92/50/CEE); la Directiva 93/38/CEE relativa a los contratos en los sectores especiales, es decir, del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones; que se completan con dos directivas de procedimientos de recurso: la Directiva 89/665/CEE en cuanto a los contratos públicos en los sectores clásicos y la Directiva 92/13/CEE respecto de los contratos en los sectores especiales³. Y en 2004 se ha llevado a cabo una codificación y un desarrollo progresivo, a la luz de la jurisprudencia comunitaria, de las tres directivas en los sectores clásicos que ha cristalizado en la Directiva 2004/18/CE de los contratos de obras, suministros y servicios⁴ y la directiva en los sectores especiales que se ha traducido en la nueva Directiva 2004/17/CE de los contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales⁵. Estas dos directivas conceden a las autoridades nacionales un plazo máximo, que terminó el 31 de enero de 2006, para la transposición de las nuevas obligaciones introducidas⁶.

En tercer lugar, los anteriores desarrollos normativos han propiciado la elaboración de una extraordinaria y fecunda *jurisprudencia* del Tribunal de Justicia, que, bien como consecuencia de los reenvíos prejudiciales de los tribunales nacionales bien en respuesta a los recursos por incumplimiento formulados por la Comisión Europea contra los distintos Estados miembros,

³ Véase, más detalladamente, en mi estudio *La contratación pública en la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra, 2002.

⁴ Directiva 2004/18/CE del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (*DOUE* núm. L 134, de 30 de abril de 2004, pg. 114; corrección de errores *DOUE* núm. L 329, de 16 de diciembre de 2005, pg. 40); modificada por la Directiva 2005/75/CE, de 16 de noviembre de 2005 (*DOUE* núm. L 323, de 9 de diciembre de 2005, pg. 55).

⁵ Directiva 2004/17/CE del Parlamento y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (*DOUE* núm. L 134, de 30 de abril de 2004, pg. 1).

⁶ Massimo BALDINATO, «Le nuove direttive europee in materia di appalti», *Il Diritto della Regione* núms. 1-2, enero-abril de 2004, pgs. 23-37. En las dos nuevas Directivas se puede identificar claramente lo que es mera codificación de la regulación anterior y lo que constituyen nuevos desarrollos legislativos consultando las tablas de correspondencias recogidas en sendos Anexos donde se detallan las novedades, las modificaciones y las supresiones realizadas.

ha interpretado el sentido y el alcance del régimen comunitario de la armonización en el contexto del Derecho originario, del Tratado CE. Esta jurisprudencia es expansiva dado que tiene como punto de partida la realización del mercado único europeo, ha establecido los principios básicos de la contratación pública (no discriminación y transparencia), y ha reconocido efecto directo a las normas de Derecho comunitario aplicables, tanto del Tratado CE como de las Directivas. En todo caso se ha producido una interacción enriquecedora entre los desarrollos normativos y la evolución jurisprudencial. Y así, las Directivas de 2004 reconocen expresamente que, al adoptar algunas de sus modificaciones más importantes, se han inspirado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁷.

A continuación se presenta un estudio de las nuevas Directivas que pretende, por una parte, informar de las novedades y adaptaciones más relevantes; y, por otra parte, procura examinar este proceso de «modernización» a la luz de la jurisprudencia más reciente, pronunciada en 2005, y particularmente prolija; lo que se completa con una referencia al intento de adaptación del Derecho español a las nuevas exigencias comunitarias europeas. El examen debe partir ineludiblemente del efecto de las libertades comunitarias en los distintos sistemas nacionales de contratación pública, de la aplicación de las normas establecidas en el Tratado CE a cualquier tipo de contrato de los poderes públicos. Asimismo, en segundo lugar, debe delimitarse el ámbito de aplicación de las Directivas de armonización haciendo referencia a los ámbitos materiales afectados y a los poderes adjudicadores concernidos. En tercer lugar, será preciso referirse a las adaptaciones introducidas por las Directivas de 2004 y que giran en torno a las cinco obligaciones específicas impuestas por las Directivas a las autoridades nacionales: los procedimientos tasados de adjudicación, la publicidad «europea», las especificaciones técnicas, la selección de los operadores económicos y los criterios de adjudicación del contrato. Asimismo, es necesario analizar los procedimientos de recurso y la importancia que mantienen en la aplicación de las nuevas Directivas, destacando su estructura esencial que se basa en las medidas cautelares, la nulidad de las decisiones relativas a los procedimientos de contratación pública y la indemnización de los daños causados por incumplimiento de las normas europeas. Por último, conviene recordar el nuevo marco legislativo español que se pretende adoptar en virtud de la futura Ley de contratos del sector público que se tramitará en las Cortes Generales en 2006.

⁷ Por ejemplo, el apartado 1 del preámbulo de ambas Directivas 2004/18/CE y 2004/17/CE explica prácticamente en los mismos términos: «La presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores [las entidades adjudicadoras] para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador [a la entidad adjudicadora] una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales enumerados en el considerando 2 [9]».

II. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA FUERZA EXPANSIVA DEL MERCADO ÚNICO EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EUROPEA: RECONOCIMIENTO MUTUO, IGUALDAD DE TRATO Y TRANSPARENCIA

El punto de partida de todo estudio sobre la contratación pública en la Unión Europea es la siguiente constatación: todas las directivas o cualesquiera otras normas europeas que se adopten sobre contratación pública son, simplemente, un instrumento complementario para *facilitar la realización del mercado único europeo*, en los términos que resultan del Tratado de la Comunidad Europea o, en su día, en el Tratado constitucional europeo. Esto significa que el Tratado CE y, en particular, el mercado único europeo son el referente inexcusable para interpretar las dos directivas de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos en los sectores clásicos y en los sectores especiales, así como sus correspondientes directivas sobre los procedimientos de recurso. En suma, el proceso de armonización y de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, iniciado en los años 70 con las directivas, constituye simplemente un mecanismo para fortalecer la aplicación de las libertades comunitarias del Tratado CE.

Es, por tanto, la fuerza normativa del Tratado CE la que, a través de las directivas, tiene un carácter expansivo afectando no sólo a las actuaciones del sector público sino también y en la medida necesaria al «sector privado», como revela claramente la Directiva sobre adjudicación de los contratos públicos en los sectores especiales. Este desbordamiento de los límites entre lo público y lo privado constituye una verdadera revolución en aquellos países que inspirados en la tradición francesa han construido un concepto de Derecho administrativo; pero también ha obligado a la introducción de mecanismos de control «administrativo» o «judicial» de decisiones de empresas privadas por el hecho de la concesión por las autoridades públicas de derechos especiales o exclusivos para el suministro, la puesta a disposición o la explotación de redes para la prestación de servicios en los denominados sectores especiales (agua, energía, transportes y servicios postales)⁸.

La ventaja de la aplicación de las libertades comunitarias es que no requieren un ejercicio previo y tedioso de la delimitación del ámbito material u objetivo –en qué materias, en qué tipo de contratos o a partir de qué valor estimado del contrato– y del ámbito subjetivo –cuáles son los poderes o las entidades adjudicadoras– de las Directivas. En suma, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia, tal como se reconocen en el Tratado CE, son aplicables a *todos* los contratos públicos, estén comprendidos o no en el ámbito de aplicación de las Directivas.

⁸ Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El contrato administrativo*, Civitas, Madrid, 2003, se refiere a la *iuspublicación* de los sistemas *privatistas* de contratación pública, pgs. 65-70, en relación con el Derecho alemán, el Derecho inglés e incluso el Derecho administrativo francés.

No obstante, la armonización de las legislaciones es limitada y se refiere, básicamente, a cinco obligaciones: publicidad de los contratos, transparencia de los procedimientos de adjudicación, equivalencia de las especificaciones técnicas, homologación de las aptitudes de los contratistas y objetividad en los criterios de adjudicación; obligaciones que, en definitiva, son concreciones de las libertades comunitarias como se aprecia de modo indudable en la regulación por las Directivas de las especificaciones técnicas y/o de la aptitud y la selección de los participantes en los contratos.

En 2005 los desarrollos de la jurisprudencia sobre la aplicación de las normas del Tratado CE han sido muy importantes como resulta, por ejemplo, de la sentencia de 21 de julio de 2005, Coname. En esta sentencia el Tribunal de Justicia responde una cuestión prejudicial formulada por el Tribunal administrativo de Lombardía en relación con la adjudicación directa, sin licitación, de la gestión del servicio público de distribución de gas a una sociedad con participación pública municipal de sólo el 0,97%. En el litigio principal un ayuntamiento italiano había adjudicado el contrato para el suministro de gas metano a la empresa Padania Acque, en detrimento de Consorzio Aziende Metano (Coname). El Tribunal de Justicia consideró en este supuesto que si bien el contrato controvertido no se rige por ninguna Directiva, «deben analizarse las consecuencias que tiene el Derecho comunitario a efectos de la adjudicación de tales concesiones a la luz del Derecho primario y, más en concreto, de las libertades fundamentales previstas en el Tratado»⁹. De modo que el Tribunal comunitario deja en manos del juez nacional comprobar si en este caso se ha respetado «el principio de transparencia» y si la adjudicación municipal del contrato, en la medida en que pudiese haber interesado a una empresa establecida en la Unión Europea, afecta a las libertades fundamentales comunitarias.

En términos muy parecidos, en la sentencia de 20 de octubre de 2005 el Tribunal de Justicia constató el incumplimiento de Francia al haber adoptado una Ley que reservaba la función de representación del titular de la obra únicamente a personas jurídicas francesas, tal como se recogían en una lista exhaustiva. En su examen el Tribunal de Justicia consideró que la regulación francesa era contraria a la Directiva sobre contratos públicos de servicios pero también, en cuanto no fuese aplicable ésta, a los demás contratos, argumentando:

«En cuanto a la imputación basada en la infracción del artículo 49 CE, debe destacarse que **las disposiciones del Tratado CE sobre libre circulación son aplicables a los contratos públicos excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50. En efecto, pese a que determinados contratos no estén comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos, las entidades adjudicadoras que los celebren están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado y en particular el principio de no**

⁹ TJCE, sentencia de 21 de julio de 2005, Coname (C-231/03, *Rec.* pg. I, apartado 16).

discriminación por razón de la nacionalidad (véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de diciembre de 2000, *Teleaustria y Telefonadress*, C-324/98, Rec. pg. I-10745, apartado 60, y de 18 de junio de 2002, *HI*, C-92/00, Rec. pg. I-5553, apartado 47, así como el auto de 3 de diciembre de 2001, *Vestergaard*, C-59/00, Rec. pg. I-9505, apartado 20).

Este criterio se aplica con mayor razón aun cuando se trata de contratos públicos de servicios cuyo valor no supera los umbrales fijados por la Directiva 92/50. El mero hecho de que el legislador comunitario haya considerado que los procedimientos especiales y rigurosos previstos en las Directivas sobre contratos públicos no son adecuados cuando los contratos públicos son de escaso valor no significa que éstos estén excluidos del ámbito de aplicación del Derecho comunitario (véase el auto *Vestergaard*, antes citado, apartado 19). Asimismo, los contratos excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, al igual que los contratos de concesión, están sujetos a las normas generales del Tratado (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de julio de 2005, *Coname*, C-231/03, Rec. p. I-0000, apartado 16)»¹⁰.

Del mismo modo, en la sentencia de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen GmbH*, el Tribunal de Justicia orientó al Tribunal administrativo de la provincia italiana de Bozen sobre la aplicación del Tratado respecto de la gestión de aparcamientos públicos de pago. En el litigio principal la sociedad *Parking Brixen* impugnaba la adjudicación por el municipio italiano de *Brixen* de la gestión de dos aparcamientos a una empresa municipal constituida como sociedad anónima. Pues bien, aun cuando el Tribunal de Justicia constató que en el caso concreto las concesiones de servicios públicos están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva sobre contratos públicos de servicios, a los contratos excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas se les aplican, no obstante, las normas del Tratado CE:

«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. Esta obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase en este sentido la sentencia *Teleaustria y Telefonadress*, antes citada, apartados 61 y 62). Corresponde a la autoridad pública concedente apreciar, bajo el control de los tribunales competentes, la adecuación de las modalidades de licitación a las particularidades de cada concesión de servicios públicos. Sin embargo, la falta total de licitación en la adjudicación de una concesión de servicios públicos como la que es objeto del caso de autos

¹⁰ TJCE, sentencia de 20 de octubre de 2005, *Comisión/Francia* (personas a las que puede confiarse la función de representación del titular de la obra) (C-264/03, Rec. pg. I, apartados 32 y 33).

no responde a los requisitos de los artículos 43 CE y 49 CE ni a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

Además, el artículo 86 CE, apartado 1, establece que los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 CE y 81 CE a 89 CE, ambos inclusive.

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»¹¹.

En este supuesto concreto se suscitaba la cuestión de que tampoco cabía aplicar las normas del Tratado CE dado que la adjudicación del contrato constituía propiamente una «operación interna de la Administración municipal», o lo que es lo mismo, se trataría de un contrato «in house». El Tribunal de Justicia reconoció que, efectivamente cuando se cumplen cumulativamente dos requisitos: que la autoridad pública concedente ejerza sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y la entidad realice la parte esencial de su actividad junto con la autoridad a la que pertenece, es una excepción al Tratado CE que debe interpretarse restrictivamente¹²; sin embargo, en el asunto principal resultaba que la adjudicación controvertida no podía calificarse como «operación interna» y, en consecuencia, estaba sometida a las reglas del Tratado CE.

En sintonía con tales razonamientos del Tribunal de Justicia, el Tribunal Supremo español ha remitido por vía prejudicial tres cuestiones relativas a los contratos celebrados por la Administración española con una empresa pública denominada Tragsa. Ahora bien, en este caso existía un precedente del propio Tribunal de Justicia que parecía haber reconocido que este tipo de contratos entre Tragsa y las Administraciones españolas eran «operaciones internas». En efecto, en la sentencia, de 8 de mayo de 2003, relativa a la liquidación de cuentas del FEOGA-Garantía, el Tribunal de Justicia comprobó que la regulación legal de Tragsa y el ejercicio de sus funciones permitía que «las autoridades españolas [pudiesen] encomendar legítimamente a Tragsa los trabajos relativos a la implantación del registro oleícola sin recurrir al procedimiento de licitación»¹³. Sin embargo, el Tribunal Supremo español, a la vista de la jurisprudencia comunitaria, no está conven-

¹¹ TJCE, sentencia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen GmbH (C-458/03, *Rec.* pg. I, apartados 49 a 52).

¹² *Ibidem*, apartados 61 a 71.

¹³ TJ CE, sentencia de 8 de mayo de 2003, España/Comisión (liquidación de cuentas en el sector del aceite de oliva) (C-349/97, *Rec.* pg. I-3851, apartados 205 a 206).

cido de que sea esta la respuesta adecuada y le formula al Tribunal de Justicia estas tres preguntas:

«1) Si es admisible en los términos del art. 86.1 del Tratado de la Unión Europea que un Estado miembro de la Unión atribuya *ex lege* a una empresa pública un régimen jurídico que le permita realizar obras públicas sin sometimiento al régimen general de contratación administrativa mediante concurso, sin concurrir circunstancias especiales de urgencia o interés público, tanto por debajo como superando el umbral económico contemplado por las Directivas europeas a este respecto.

2) Si un régimen jurídico semejante sería compatible con lo establecido en las Directivas 93/36/CEE del Consejo y 93/37/CEE del Consejo de 14 de junio de 1993 y las Directivas 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 1997 y 2001/78/CE de la Comisión, de modificación de las anteriores –normativa recientemente refundida en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004–.

3) Si las afirmaciones de la sentencia del Tribunal de la Unión Europea de 8 de mayo de 2003 (asunto C-349/97, Reino de España contra Comisión) son aplicables en todo caso a TRAGSA y sus filiales, teniendo en cuenta el resto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en materia de contratación pública, y considerando que la Administración encarga a TRAGSA un alto número de obras que quedan detraídas del régimen de libre competencia, y que esta circunstancia pudiera suponer una distorsión significativa del mercado relevante»¹⁴.

En fin, el Tribunal de Justicia adoptó el 27 de octubre de 2005 dos sentencias relativas a la adjudicación de contratos por el Instituto Nacional de Salud español (Insalud). La primera sentencia responde cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Nacional en el marco de un litigio que enfrentaba a Contse y otras dos empresas con el antiguo Insalud que había convocado dos concursos para la prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias en Cáceres y en Badajoz, sometiéndolos a unos criterios de admisión y de valoración particularmente restrictivos. En la segunda sentencia el Tribunal de Justicia conoce de un recurso de incumplimiento promovido por la Comisión Europea contra España por la aprobación de varios concursos públicos en Madrid y en otras provincias españolas referidos a la misma prestación de servicios sanitarios.

En ambas sentencias el Tribunal de Justicia considera las actuaciones administrativas españolas contrarias al artículo 49 del Tratado CE que consagra la libre prestación de servicios en la medida en que «una entidad adjudicadora incluya en el pliego de condiciones de un contrato público de prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas

¹⁴ TJCE, C-295/05, petición de decisión prejudicial adoptada mediante auto, de 1 de abril de 2005, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 3ª, recurso núm. 548/2002) Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO)/TRAGSA y Administración del Estado (DOUE núm. C 257, de 15 de octubre de 2005, pgs. 2-3).

de ventilación asistida [u]n requisito de admisión que obliga a la empresa licitadora a disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de una oficina abierta al público en la capital de la provincia en la que debe prestarse el servicio»¹⁵.

III. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA: NOVEDADES LEGISLATIVAS Y DESARROLLOS JURISPRUDENCIALES

La primera tarea que debió llevar a cabo el legislador comunitario fue delimitar claramente el ámbito de aplicación de las Directivas. A pesar de las energías gastadas en las sucesivas codificaciones de las Directivas la mayor dificultad interpretativa sigue siendo la determinación del ámbito objetivo o material de aplicación y la precisión del ámbito subjetivo o la determinación de los poderes adjudicadores sometidos a las Directivas. Por esa razón, estos dos problemas, que constituyen únicamente el presupuesto de la aplicación de las Directivas, se han vuelto tan difíciles y enmarañados que llegan a eclipsar el núcleo esencial de las Directivas: la aplicación de las cinco obligaciones específicas.

Ciertamente, los litigios que llegan al Tribunal de Justicia suelen ser sumamente claros en cuanto al incumplimiento de una o varias de estas obligaciones específicas, por ejemplo, en las primeras décadas, años 80 y 90, lo era la falta de publicación de anuncios de los contratos en el *Diario Oficial de la Unión Europea*. Por ello, dando por descontado el incumplimiento, la batalla jurídica se libra con el fin de determinar si en el supuesto concreto es aplicable la Directiva en cuestión al contrato controvertido.

En relación con el ámbito de aplicación de las Directivas la novedad más importante se refiere a los sectores especiales al excluirse el sector de las telecomunicaciones, dada la culminación del proceso de liberalización; y, en cambio, al incluir como nuevo ámbito el de los servicios postales. No obstante, dada la importancia de estos presupuestos para la aplicación de las Directivas examinamos algunas cuestiones relevantes de ambos ámbitos, material y personal, ilustrándolas con la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia.

A) El ámbito objetivo de aplicación de las nuevas Directivas de contratación pública

El ámbito material de las Directivas se ha ampliado gradualmente a los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios (sectores clásicos) y a

¹⁵ TJCE, sentencia de 27 de octubre de 2005, Contse/Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (C-234/03, *Rec.* pg. I, apartado 53) y sentencia de 27 de octubre de 2005, Comisión/España (licitaciones del Instituto Nacional de la Salud de terapias respiratorias domiciliarias) (C-158/03, *Rec.* pg. I, apartado 79).

los contratos públicos en el ámbito del agua, los transportes, la energía y los servicios postales (sectores especiales).

Tratamos a continuación tres aspectos relevantes para la delimitación material de la aplicación de las Directivas: por una parte, el problema del fraccionamiento fraudulento de los contratos; por otra parte, el carácter expansivo, por efecto de la interpretación del Tribunal de Justicia, de las Directivas clásicas especialmente en cuanto se refiere a nuevos ámbitos como el Derecho urbanístico; y, en tercer lugar, la interpretación del ámbito de la Directiva en los sectores especiales respecto de los servicios postales.

1. *La lucha contra el fraccionamiento fraudulento de los contratos*

Al aplicar las Directivas la primera tentación es fraccionar fraudulentamente los contratos con el fin de evitar que superen los umbrales establecidos. De este modo, si bien resulta patente la aplicación de las Directivas en todos sus aspectos, la regulación comunitaria quedaría excluida simplemente por no alcanzar el contrato público en cuestión el umbral económico fijado; aplicando, por tanto, una vieja regla muy querida por el Derecho europeo conforme a la cual «de minimis non curat praetor» que, modernizada, supondría la traducción del principio de subsidiariedad de modo que sólo aquellos contratos más importantes merecen someterse al régimen de armonización normativa europea.

Las nuevas Directivas apenas si han añadido algunas adaptaciones con el fin de que los umbrales se expresen en euros y para tener en cuenta las reglas sobre fijación de umbrales respecto de los nuevos procedimientos introducidos, como el acuerdo marco o el sistema dinámico de adquisición, de modo que, por ejemplo, el artículo 9.9 de la Directiva en los sectores clásicos prevé que «para los acuerdos marco y para los sistemas dinámicos de adquisición el valor que se tendrá en cuenta es **el valor máximo estimado excluido el IVA del conjunto de contratos contemplados durante la duración total del acuerdo marco o del sistema dinámico de adquisición**»¹⁶.

Es preciso recordar que conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia «la apreciación de la existencia de una obra debe efectuarse en relación con la función económica y técnica que cumplan las redes de distribución de electricidad y de alumbrado público en cuestión»¹⁷. Por tanto, será necesario en cada caso realizar un examen casuístico para comprobar si efectivamente ha habido fraccionamiento abusivo de los contratos con el fin de que queden excluidos de la aplicación de las directivas sobre contratos públicos.

¹⁶ La cuantías de las Directivas ya han sido modificadas por el Reglamento (CE) núm. 2083/2005 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2005 (*DOUE* núm. L 333, de 20 de diciembre de 2005, pg. 28).

¹⁷ TJCE, sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia (*Syndicat départemental d'électrification de la Vendée*) (C-16/98, *Rec.* pg. I-8315, apartado 38).

2. *La expansión y la restricción en la aplicación de las Directivas clásicas: el Derecho urbanístico y los contratos reservados por razones sociales*

En el ámbito de los sectores clásicos y, con las particularidades que luego referiremos, en los sectores especiales apenas ha habido cambios; sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha permitido abrir nuevas perspectivas en sectores del ordenamiento que parecían fuera del alcance del Derecho de la Unión. El ejemplo más elocuente es el Derecho urbanístico que, en principio, a juicio del Tribunal de Justicia en su sentencia de 12 de julio de 2001, «Proyecto Scala 2001», no quedaría inmune a la aplicación de las Directivas sobre contratación pública¹⁸. En cambio, en otros ámbitos, particularmente en materia social, también la jurisprudencia comunitaria ha aconsejado establecer exclusiones expresas a la aplicación de las normas comunitarias sobre contratación pública.

Por lo que se refiere al efecto expansivo de las Directivas deben recordarse las precisiones del Tribunal de Justicia en la sentencia de 20 de octubre de 2005, que declara el incumplimiento de Francia en relación con la reserva de la función de representación delegada del titular de la obra únicamente en favor de personas jurídicas francesas. En esta sentencia el Tribunal de Justicia establece la distinción entre lo que es un contrato público de obras, tal como resulta de la sentencia «Proyecto Scala 2001», y un contrato público de servicios, en los términos que derivan del contrato de representación del titular de la obra tal como se regula en la legislación francesa¹⁹.

En cuanto a las restricciones introducidas por las nuevas Directivas destaca la vinculada a aqueéllos «contratos reservados por razones de política social» que tanto el artículo 19 de la Directiva de contratos en sectores clásicos como el artículo 28 de la Directiva en sectores especiales regulan en términos prácticamente idénticos:

«Los Estados miembros podrán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales.

La presente disposición deberá mencionarse en el anuncio de licitación».

Esta restricción está vinculada a la explicación que previamente ofrece el apartado 28 de la exposición de motivos de la Directiva 18/2004, conforme al cual:

¹⁸ TJCE, sentencia de 12 de julio de 2001, Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi y otros/Comune di Milano («Proyecto Scala 2001») (C-399/98, *Rev.* pg. I-5409).

¹⁹ TJCE, sentencia de 20 de octubre de 2005, Comisión/Francia, antes citada, apartados 56 a 58.

«El empleo y la ocupación son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos y contribuyen a la inserción en la sociedad. En este contexto, **los programas de talleres y empleos protegidos contribuyen eficazmente a la inserción o reinserción de personas con discapacidad en el mercado laboral. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido».**

Previamente, el Tribunal de Justicia se había referido en la sentencia de 20 de septiembre de 1988, *Beentjes*, a los efectos de la política social en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. De este modo el Tribunal comunitario consideró:

«La exigencia de emplear trabajadores en paro prolongado podría, en concreto, infringir el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad consagrado en el apartado 2 del artículo 7 del Tratado, en el caso de que se comprobara que sólo los licitadores nacionales pueden cumplir tal condición o bien que su cumplimiento resulta mucho más difícil en el caso de los licitadores de otros Estados miembros. Corresponde al Juez nacional comprobar, habida cuenta de todas las circunstancias del caso, si la exigencia de dicho requisito tiene o no una incidencia discriminatoria directa o indirecta»²⁰.

Y en el mismo sentido la sentencia de 26 de septiembre de 2000, *Comisión/Francia* se refiere a los «criterio adicional de lucha contra el desempleo» y, en principio, el Tribunal de Justicia no plantea objeción alguna siempre y cuando «los órganos de contratación utilicen como criterio una condición relacionada con la lucha contra el desempleo, siempre que ésta respete todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación que se deriva de las disposiciones del Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios [y tal] criterio de adjudicación relacionado con la lucha contra el desempleo [se] mencion[e] expresamente en el anuncio de licitación para permitir que los contratistas conozcan la existencia de tal condición»²¹.

3. *La liberalización de la economía en los sectores especiales de contratación pública: la exclusión de las telecomunicaciones y la regulación del sector postal*

La nueva Directiva sobre los contratos públicos de obra, de suministro y de servicios en los sectores especiales presenta dos importantes novedades: la

²⁰ TJCE, sentencia de 20 de septiembre de 1988, *Beentjes* (31/87, *Rec.* pg. 4635, apartado 30).

²¹ TJCE, sentencia de 26 de septiembre de 2000, *Comisión/Francia* (construcción y mantenimiento de edificios escolares en la Région Nord-Pas-de-Calais y en el Département du Nord) (C-225/98, *Rec.* pg. I-7445, apartados 50 y 51).

exclusión del sector de las telecomunicaciones y la regulación de los servicios postales.

El sometimiento de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en los sectores especiales a un régimen comunitario armonizado se justifica, como señala el preámbulo de la Directiva 2004/17, por la influencia que las autoridades nacionales pueden ejercer en el comportamiento de las «entidades adjudicadoras» y por el carácter cerrado del ámbito donde actúan las entidades a las que las autoridades conceden derechos especiales o exclusivos.

El proceso de liberalización ha supuesto la exclusión de determinados sectores, como es el caso notorio de las telecomunicaciones, pero también de los transportes aéreos y marítimos; y, al mismo tiempo, se han regulado por vez primera los servicios postales de modo que la Directiva 2004/17 se aplicará a las «entidades adjudicadoras» que realicen alguna de las actividades afectadas o ejerzan, entre sus actividades, alguna de las previstas y tengan derechos especiales o exclusivos concedidos en virtud de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa que tenga como efecto limitar a una o a más entidades el ejercicio de la actividad y afecte sustancialmente a la capacidad de las demás entidades de ejercer dicha actividad.

La Directiva 2004/17 detalla las actividades afectadas (gas, calefacción y electricidad en el artículo 3; agua en el artículo 4; transporte por ferrocarril, sistemas automáticos, tranvía, trolebús, autobús o cable en el artículo 5; servicios postales en el artículo 6; y prospección y extracción de petróleo, gas, carbón y otros combustibles sólidos, y puertos y aeropuertos del artículo 7) y al mismo tiempo ofrece en anexo una **lista no exhaustiva** de las entidades adjudicadoras en tales ámbitos que deberá actualizarse continuamente.

En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se han planteado litigios relativos a la delimitación del ámbito de aplicación en los sectores especiales. Así, por ejemplo, en la sentencia, de 16 de junio de 2005, Strabag AG y Kostmann GmbH, en el litigio principal se habían impugnado sendos contratos adjudicados por el procedimiento negociado por la Red Nacional de Ferrocarriles austriacos a empresas competidoras de las recurrentes. Se trataba de contratos de obras de infraestructura en hormigón armado y la construcción de obras y puentes de ferrocarril por lo que el órgano federal austriaco de control de contratos públicos pretendía saber si se aplicaba la Directiva de sectores especiales que facilita el recurso al procedimiento negociado y no la Directiva de sectores clásicos, a lo que el Tribunal de Justicia respondió:

«La aplicabilidad de la Directiva 93/38 depende de la actividad que ejerza la entidad contratante de que se trata así como de los vínculos existentes entre esta misma actividad y el contrato que tenga previsto celebrar la referida entidad. Si esta última ejerce una de las actividades contempladas en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 93/38, y proyecta en el ejercicio de tal actividad, lo que incumbe verificar al juez

nacional, adjudicar contratos de servicios, de obras o de suministros, o bien organizar un concurso, será de aplicación al citado contrato o concurso lo dispuesto en la referida Directiva. **En caso contrario, el mencionado contrato o concurso se regirá por las normas contenidas en las Directivas reguladoras, según los casos, de los contratos de servicios, de obras o de suministros**²².

En este ámbito conviene recordar también las Conclusiones del Abogado General F. G. Jacobs, de 21 de abril de 2005, *Impresa Portuale di Cagliari Srl*, en la que propone al Tribunal de Justicia que considere que el transporte marítimo no está incluido en la Directiva de sectores especiales ni tampoco en la Directiva de los sectores clásicos²³. Ahora bien, también se plantea el Abogado General cómo calificar «a efectos de la Directiva 93/38, a una entidad que en algunos casos opera en régimen de monopolio de hecho y en otros casos en régimen de libre competencia, y que recibe ayudas de Estado». El Abogado General propone al Tribunal de Justicia que responda la cuestión de modo que «si la entidad puede demostrar que los contratos de que se trata están relacionados exclusivamente con sus actividades directamente sujetas a la libre competencia y que no existen subvenciones cruzadas entre dichas actividades y otras ejercidas en condiciones no competitivas, debe descartarse la teoría del contagio [en el sentido de que si una de las actividades de la entidad está comprendida en el ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública, el resto de sus actividades también están sujetas, con independencia de que tengan carácter industrial o mercantil]»²⁴.

B) El ámbito subjetivo de aplicación de las nuevas Directivas de contratación pública: los «poderes adjudicadores» y las «entidades adjudicadoras»

La delimitación del ámbito subjetivo descansa en un amplio concepto del «poder adjudicador» en la Directiva de sectores clásicos y de la «entidad adjudicadora» en la Directiva de sectores especiales, cuyo objetivo es someter a un mínimo control la actuación de las Administraciones y de los organismos vinculados o dependientes de los poderes públicos, así como a los poderes adjudicadores, las empresas públicas y otras entidades a las que los poderes públicos han concedido derechos especiales o exclusivos.

La novedad más relevante en este ámbito de las dos Directivas de 2004 es la definición de la «central de compras» como poder adjudicador en cuanto intermediaria en la adquisición de suministros o servicios, en la adjudica-

²² TJCE, sentencia de 16 de junio de 2005, *Strabag AG y Kostmann GmbH* (C-462/03 y C-463/03, *Rec.* pg. I-5397, apartado 37).

²³ Conclusiones del Abogado General F. G. Jacobs, de 21 de abril de 2005, *Impresa Portuale di Cagliari Srl/Tirrenia di Navigazione SpA* (C-174/03, apartado 49); por auto, de 23 de marzo de 2006, del Tribunal de Justicia el asunto fue archivado.

²⁴ *Ibidem*, apartados 64, 68 y 65.

ción de contratos y en la celebración de acuerdos marco destinados a poderes adjudicadores²⁵.

Cuando el Tribunal de Justicia debe delimitar el ámbito subjetivo de aplicación de las Directivas es, por lo general, patente que, de aplicarse las Directivas, existiría un incumplimiento flagrante de las obligaciones específicas: por ejemplo, se ha omitido la publicación de los anuncios en el *Diario Oficial* o, incluso se ha obligado a la entidad en cuestión a cumplir las obligaciones de las Directivas²⁶.

Una vez superados los primeros momentos en que se cuestionaba la aplicación de las Directivas a los entes territoriales, lo que fue aclarado rápidamente por el Tribunal de Justicia²⁷, interesa ahora recordar los más recientes desarrollos jurisprudenciales sobre la delimitación del concepto comunitario europeo de «organismo de Derecho público» y de los contratos u operaciones internas o «in house providing».

1. *Los poderes adjudicadores y la delimitación de los «organismos de Derecho público» en la jurisprudencia comunitaria*

En cuanto a los poderes adjudicadores, en principio ya no hay duda alguna del sometimiento del Estado y de los entes territoriales, en particular, las Regiones, las Provincias o los Municipios. En cambio, siguen planteándose problemas en cuanto a la delimitación de los denominados por las Directivas «organismos de Derecho público», aunque, a tales efectos, la nueva regulación no introduzca novedades²⁸.

En España, por ejemplo, la legislación de transposición de las directivas sobre contratación pública no ha sabido o no ha querido en los 20 años de

²⁵ La definición de «central de compras» se recoge en el artículo 1.10 de la Directiva 2004/18 y el artículo 1.8 de la Directiva 2004/17; así como su sometimiento al régimen general se establece en el artículo 1.1 de la Directiva 2004/18 y en el artículo 29 de la Directiva 2004/17.

²⁶ TJCE, sentencia de 26 de marzo de 1996, *British Telecommunications* (C-392/93, *Rec. pg. I-1654*) y sentencia de 3 de octubre de 2000, *Universidad de Cambridge* (C-380/98, *Rec. pg. I-8035*).

²⁷ TJCE, sentencia de 22 de junio de 1989, *Fratelli Costanzo/Municipio de Milán* (103/88, *Rec. pg. 1839*); sentencia de 17 de diciembre de 1998, *Comisión/Irlanda* (falta de publicación de anuncio por la Agencia irlandesa de bosques) (C-353/96, *Rec. pg. I-8565*); y sentencia de 17 de diciembre de 1998, *Connemara Machine Turf C. Ltd/Coillte Teoranta* (C-306/97, *Rec. pg. I-8761*).

²⁸ El artículo 1.9 de la Directiva 2004/18 y el artículo 2.1.a) de la Directiva 2004/17 codifican y reproducen la regulación anterior y en anexo figuran las **listas no exhaustivas** de los organismos y de las categorías de organismos de Derecho público que cumplen los tres criterios cumulativos («**creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotado de personalidad jurídica propia; y cuya actividad esté financiada mayoritariamente o cuya gestión esté sujeta a un control por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público**»); obligándose los Estados miembros a notificar periódicamente a la Comisión las modificaciones de las listas.

integración europea adoptar un concepto de «organismo de Derecho público» que se ajuste a las exigencias del Derecho comunitario europeo²⁹. En este sentido la sentencia de 13 de enero de 2005, vuelve a condenar a España al constatar su incumplimiento en los siguientes términos:

«Procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, el concepto de “organismo de Derecho público”, concepto de Derecho comunitario que debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, se define desde un punto de vista funcional con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37 (véanse, en este sentido, las sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada, apartados 20 y 21; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. pg. I-11617, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, C-214/00, Rec. pg. I-4667, apartados 52 y 53, y de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, C-283/00, Rec. pg. I-11697, apartado 69).

De ello se desprende que, para resolver la cuestión de la calificación eventual de una entidad de Derecho privado como organismo de Derecho público, procede comprobar únicamente si la entidad de que se trata cumple los tres requisitos acumulativos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37, sin que el estatuto de Derecho privado de esa entidad constituya un criterio que pueda excluir por sí solo su calificación como entidad adjudicadora en el sentido de estas Directivas (sentencia de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, antes citada, apartados 54, 55 y 60).

Además, el Tribunal de Justicia ha precisado que esta interpretación no implica desconocer el carácter industrial o mercantil de las necesidades de interés general que la entidad de que se trate persigue satisfacer, ya que este elemento se toma en cuenta necesariamente para determinar si tal entidad cumple o no el requisito contenido en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, primer guión, de las Directivas 93/36 y 93/37 (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, antes citada, apartado 75).

Por otra parte, esta conclusión tampoco puede invalidarse por la falta de referencia expresa, en las Directivas 93/36 y 93/37, a la categoría específica de las “empresas públicas”, utilizada no obstante en la Directiva 93/38 (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, antes citada, apartado 76).

Por tanto, resulta de lo anterior que la normativa española incorpora de manera incorrecta el concepto de “entidad adjudicadora” que figura en el artículo 1, letra b), de las Directivas 93/36 y 93/37, **ya que excluye de su ámbito de aplicación a las entidades de Derecho privado, cuando éstas pueden cumplir los requisitos** enunciados en el artículo 1, letra

²⁹ Alejandro HUERGO LORA, «El Derecho español de contratos públicos y el Derecho comunitario», *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 126, abril-junio de 2005, pgs. 217-246.

b), párrafo segundo, guiones primero, segundo y tercero, de dichas Directivas»³⁰.

Se trata, por tanto, de una delimitación que no depende tanto de la regulación comunitaria, reiterada en las nuevas Directivas, sino de su interpretación casuística y jurisprudencial.

2. *La exclusión de los contratos «in house providing» del ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública*

Un subterfugio empleado por los poderes adjudicadores para evitar la aplicación de las Directivas sobre contratos públicos consiste en invocar la presencia de una «operación interna», o sea, apelar a la naturaleza de los contratos «in house providing». Esta invocación es cada vez más frecuente tal como se refleja en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y a engrosar este acervo han contribuido precisamente varios asuntos resueltos en 2005.

En la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, se planteaba si el contrato de servicios de tratamiento de residuos adjudicado por la ciudad alemana de Halle a una sociedad con capital mayoritariamente municipal, Recyclingpark Lochau, estaba comprendido en el ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratos públicos. El Tribunal de Justicia examinó cuál era el alcance de los contratos «in house» en relación con la delimitación subjetiva del ámbito de aplicación de las Directivas y, a tal efecto, explicó:

«Con la idea de la apertura de los contratos públicos a la mayor competencia posible que persiguen las normas comunitarias, el Tribunal de Justicia declaró, en relación con la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 199, pg. 1), que **dicha Directiva es aplicable cuando una entidad adjudicadora proyecta celebrar con una entidad jurídicamente distinta de ella un contrato a título oneroso, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, una entidad adjudicadora** (sentencia de 18 de noviembre de 1999, Teckal, C-107/98, Rec. pg. I-8121, apartados 50 y 51). Es pertinente señalar que en aquel asunto el contratista era una mancomunidad constituida por varias entidades adjudicadoras, de la que formaba parte asimismo la entidad adjudicadora de que se trataba.

Una autoridad pública, siendo una entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. En tal caso no existirá un contrato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Así pues, no habrá lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratos públicos.

³⁰ TJCE, sentencia de 13 de enero de 2005, Comisión/España (incumplimiento de la legislación de contratación administrativa) (C-84/03, Rec. pg. I-139, apartados 27 a 31).

Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no está excluido que puedan darse otras circunstancias en las que la licitación no sea obligatoria aunque el contratista sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Esto sucede **en el supuesto de que la autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, ejerza sobre la entidad distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta entidad realice la parte esencial de su actividad con la autoridad o las autoridades públicas que la controlan** (véase, en este sentido, la sentencia Teckal, antes citada, apartado 50). Es preciso recordar que, en aquel asunto, la entidad distinta estaba íntegramente participada por autoridades públicas. **En cambio, la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios»³¹.**

En este caso, el Tribunal de Justicia parece inclinarse por la apertura de la contratación pública dado que en la empresa municipal a la que se le adjudicó el contrato controvertido, participaba una empresa privada en un 24,9% del capital de la empresa municipal. Por eso el Tribunal de Justicia contestó al Tribunal alemán que le formuló el reenvío prejudicial:

«A este respecto, es necesario señalar, en primer lugar, que **la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta.**

En segundo lugar, **la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores»³².**

En la sentencia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen GmbH, el Tribunal de Justicia respondía a un reenvío prejudicial relativo a un litigio en el que el Ayuntamiento italiano de Brixen había adjudicado la gestión de dos aparcamientos ubicados en este municipio a una sociedad anónima municipal controlada por la autoridad municipal. Sin embargo, en este supuesto el Tribunal de Justicia consideró que el contrato controvertido, una concesión de servicios públicos, no estaba sometido a la Directiva 92/50. Ahora

³¹ TJCE, sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Recyclingpark Lochau GmbH (C-26/03, *Rec.* pg. I-1, apartados 47 a 49).

³² *Ibidem*, apartados 50 y 51.

bien, el concepto de operación interna o contrato «in house» tendría sólo importancia para determinar la exclusión del ámbito subjetivo de aplicación de las Directivas pero, en modo alguno, este tipo de relaciones entre los poderes públicos y sus empresas puede vulnerar las libertades fundamentales de circulación de mercancías, el derecho de establecimiento o la prestación de servicios ni los principios de igualdad, no discriminación y transparencia asociados a dichas libertades. Por eso resulta muy importante la precisión del Tribunal de Justicia:

«en el ámbito de la contratación pública y de las concesiones de servicios públicos, el principio de igualdad de trato y sus expresiones específicas, que son la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad y los artículos 43 CE y 49 CE, son aplicables en el supuesto de que una autoridad pública encomiende la prestación de actividades económicas a un tercero. En cambio, no procederá aplicar las normas comunitarias en materia de contratación pública o de concesiones de servicios públicos en caso de que una autoridad pública realice las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin recurrir a entidades externas (véase en este sentido la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 48)»³³.

De modo que las operaciones internas sólo quedan excluidas de la aplicación tanto de las Directivas como de los normas del Tratado CE «en el supuesto de que, cumulativamente, la autoridad pública concedente ejerza sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y la entidad realice la parte esencial de su actividad junto con la autoridad a que pertenece»; excepción a las normas generales del Derecho comunitario que debe ser objeto de una interpretación restrictiva, correspondiendo la carga de la prueba a quien quiera beneficiarse de ella³⁴.

Esta misma jurisprudencia es la que el Abogado General Gelhoed propone que siga el Tribunal de Justicia en un recurso por incumplimiento promovido por la Comisión Europea contra Austria en relación con la adjudicación de un contrato para la recogida y tratamiento de residuos. El contrato controvertido había sido adjudicado por el municipio de Mödling a una empresa cuyo capital social pertenecía íntegramente al municipio austriaco pero que, con posterioridad, había cedido el 49% del capital a una compañía privada, sin seguir las normas comunitarias sobre publicidad. El Abogado General propuso al Tribunal de Justicia que «condenase» a Austria al considerar simplemente que «una entidad jurídica que como persona jurídica diferente haya adquirido autonomía jurídica no puede considerarse parte de una entidad adjudicadora si al mismo tiempo una empresa privada

³³ TJCE, sentencia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen GmbH (C-458/03, *Rec.* pg. I, apartado 61).

³⁴ *Ibidem*, apartados 62 y 63.

participa en el capital social de la sociedad»³⁵; y el Tribunal de Justicia en su sentencia de 10 de octubre de 2005 declaró el incumplimiento de Austria «al haberse adjudicado el contrato de eliminación de residuos en el municipio de Mödling sin haberse observado las normas de procedimiento y publicidad establecidas en el artículo 8 de la citada Directiva, en relación con sus artículos 11, apartado 1, y 15, apartado 2»³⁶.

Pero ya han llegado al Tribunal de Justicia nuevos asuntos que, sin duda, le permitirán consolidar esta interpretación; precisamente, en uno de estos últimos la Comisión Europea interpuso un recurso por incumplimiento contra Italia al no haber «aportado suficientes elementos para demostrar que, dado el conjunto de relaciones jurídicas existentes entre el Comune y la sociedad adjudicataria, así como la actividad desarrollada por ésta, la adjudicación en cuestión constituye una operación puramente “interna” (o In House Providing), a la que no cabe aplicar las Directivas comunitarias en materia de contratos públicos»³⁷.

Obviamente, la distinción de lo que sea operación interna o contrato «in house» resulta difícil³⁸. Incluso se ha planteado recientemente una cuestión prejudicial en la que el juez nacional pone en tela de juicio la interpretación del Tribunal de Justicia. En efecto, así ocurre en el reenvío prejudicial planteado por el Tribunal Supremo español respecto de los contratos celebrados

³⁵ Conclusiones del Abogado General L. A. Geelhoed, de 21 de abril de 2005, apartado 45.

³⁶ TJCE, sentencia de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria (contrato para la recogida y tratamiento de residuos celebrado por el municipio de Mödling sin licitación de ámbito europeo) (C-29/04, *Rec.* pg. I).

³⁷ TJCE, Comisión/Italia (adjudicación por el ayuntamiento de Mantua, directamente y sin que mediara la previa publicación del preceptivo anuncio de licitación en el *DOUE*, de la gestión, el mantenimiento y el desarrollo de sus servicios informáticos a la sociedad A.S.I. S.p.A) (C-371/05) (*DOUE* núm. C 10, de 14 de enero de 2006, pg. 8).

³⁸ Conclusiones de la Abogada General Christine Stix-Hackl, de 12 de enero de 2006, Carbotermo SpA y Consorzio Alisei/Comune di Busto Arsizio (C-340/04, *Rec.* pg. I); los requisitos para admitir la excepción de la aplicación de la normativa sobre contratación pública serían: «En primer lugar, el ente territorial deberá ejercer sobre el otro ente un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. A tal respecto, el juez nacional deberá examinar las siguientes circunstancias: –los intereses de los titulares de participaciones; –la transformación de la “azienda municipalizzata” en una sociedad anónima; –la apertura de la sociedad a capital ajeno, no prevista con carácter obligatorio y tampoco verificada; –la posibilidad de que AGESP establezca sucursales incluso en el extranjero; –el alcance de la posibilidad de influir en el nombramiento del consejo de administración y en la gestión; –las facultades del consejo de administración de AGESP, y – la circunstancia de que el municipio participa indirectamente en el capital de AGESP a través de AGESP Holding. En segundo lugar, esta entidad deberá, al mismo tiempo, realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes territoriales que posea o posean sus participaciones sociales. A tal respecto, el juez nacional deberá tener en cuenta las circunstancias mencionadas en los puntos 76 a 115, para lo cual deberán tomarse en consideración también los ingresos procedentes de actividades realizadas con los titulares de participaciones, pero no ha de aplicarse el criterio del 80% previsto en el artículo 13 de la Directiva 93/38».

por la empresa pública Tragsa, dedicada a la transformación agraria, y que está controlada y gestionada por las Administraciones españolas.

Previamente, el Tribunal de Justicia había aplicado su doctrina sobre las «operaciones internas» en un recurso de anulación que había presentado España contra la Comisión Europea respecto de una liquidación de cuentas del FEOGA-Garantía. En aquel supuesto la Comisión había aplicado una corrección a tanto alzado del 10% del total de los gastos subvencionables, que suponía una disminución de 217.007.368 pesetas de la subvención concedida a España por los gastos del registro oleícola, debido a que los trabajos realizados habían sido adjudicado por la Administración a Tragsa sin mediar licitación y, por tanto, incumpliendo el Derecho comunitario de contratación pública. Sin embargo, atendiendo la solicitud de España el Tribunal de Justicia recordó su doctrina sobre «operaciones internas» y la aplicó considerando ilegal la corrección financiera de la Comisión Europea en la medida en que una adjudicación de este tipo de contratos no estaba sometida a las Directivas. Los razonamientos del Tribunal de Justicia fueron suficientemente esclarecedores:

«Por lo que se refiere a las consecuencias de considerar a Tragsa como parte de la Administración pública, procede recordar que el Tribunal de Justicia ha admitido una excepción a la aplicación de las directivas en materia de adjudicación de contratos públicos, llamada “In House Providing”, relativa a los contratos celebrados por una entidad adjudicadora con determinados organismos públicos vinculados a ella. Los límites de esta excepción se detallaron, en particular, en las sentencias de 18 de noviembre de 1999, Teckal (C-107/98, Rec. I-8121), apartado 50, y de 7 de diciembre de 2000, ARGE Gewässerschutz (C-94/99, Rec. I-11037), apartado 40. De estas sentencias se desprende que, a falta de una excepción expresa, para constituir un contrato público basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, a la vez, esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan. Esto es lo que sucede en el presente asunto. En efecto, a tenor del artículo 88, apartado 4, de la Ley número 66/97, de 30 de diciembre de 1997, Tragsa, en tanto que medio propio instrumental y servicio técnico de la administración española, está obligada a realizar con carácter exclusivo, por sí misma o sus filiales, los trabajos que le encomienden la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos dependientes de ellas. Según los apartados 1 y 2 de dicho artículo, Tragsa es una sociedad estatal en cuyo capital social pueden participar las Comunidades Autónomas mediante la adquisición de acciones.

Por tanto, las autoridades españolas podían encomendar legítimamente

a Tragsa los trabajos relativos a la implantación del registro oleícola sin recurrir al procedimiento de licitación.

En consecuencia, procede anular la Decisión impugnada por lo que se refiere a la corrección a tanto alzado del 10% del total de los gastos subvencionables para el establecimiento del registro oleícola»³⁹.

Pues bien, tal solución, adoptada por el Tribunal de Justicia en un recurso directo, no es compartida por el Tribunal Supremo español y así se ha puesto de manifiesto al resolver un litigio en el que se enfrentan la Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO) a TRAGSA y a la Administración General del Estado; en efecto, el Tribunal español tiene dudas de que la adjudicación del contrato controvertido sea «in house providing» lo que, por tanto, no impediría la aplicación del Tratado CE y de las Directivas sobre contratación pública. El tenor de la tercera pregunta del Tribunal español resulta particularmente apropiado y revelador:

«3) Si las afirmaciones de la sentencia del Tribunal de la Unión Europea de 8 de mayo de 2003 (asunto C-349/97, Reino de España contra Comisión) son aplicables en todo caso a TRAGSA y sus filiales, teniendo en cuenta el resto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en materia de contratación pública, y considerando que la Administración encarga a TRAGSA un alto número de obras que quedan detraídas del régimen de libre competencia, y que esta circunstancia pudiera suponer una distorsión significativa del mercado relevante»⁴⁰.

En fin, con el afán de no excluir de la aplicación del Derecho comunitario, sea el Tratado CE sean las Directivas, el Tribunal de Justicia no descarta su aplicación a los contratos entre Administraciones. Así lo ha reconocido al resolver un recurso por incumplimiento presentado por la Comisión Europea contra España donde se cuestionaba la regulación española en virtud de la cual se excluían los convenios interadministrativos de la regulación de la contratación administrativa y, en principio, de la aplicación del Derecho comunitario. En este caso el Tribunal de Justicia ofrece una interpretación de la que deduce el incumplimiento del Derecho comunitario por la legislación española en los siguientes términos:

«Conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte

³⁹ TJCE, sentencia de 8 de mayo de 2003, España/Comisión (liquidación de cuentas en el sector del aceite de oliva) (C-349/97, *Rec.* pg. I-3851, apartado 204 a 207).

⁴⁰ TJCE, C-295/05, petición de decisión prejudicial adoptada mediante auto, de 1 de abril de 2005, del Tribunal Supremo (Sala 3ª, Sección 3ª, recurso núm. 548/2002) Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO)/TRAGSA y Administración del Estado (*DOUE* núm. C 257, de 15 de octubre de 2005, pgs. 2-3).

esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan (sentencia Teckal, antes citada, apartado 50).

Habida cuenta de la identidad de los elementos constitutivos de la definición de contrato en las Directivas 93/36 y 93/37, a excepción del objeto del contrato considerado, procede aplicar la solución adoptada así en la sentencia Teckal, antes citada, a los acuerdos interadministrativos a los que se aplica la Directiva 93/37.

En consecuencia, dado que excluye a priori del ámbito de aplicación del Texto Refundido las relaciones entre las Administraciones Públicas, sus organismos públicos y, en general, las entidades de Derecho público no mercantiles, sea cual sea la naturaleza de estas relaciones, la normativa española de que se trata en el caso de autos constituye una adaptación incorrecta del Derecho interno a las Directivas 93/36 y 93/37»⁴¹.

En definitiva, la delimitación del ámbito subjetivo y la apelación de los poderes públicos a las relaciones internas con otros poderes o empresas constituyen, por tanto, la manifestación más clara de la pervivencia de viejos y extendidos privilegios de los poderes públicos que sigue requiriendo una minuciosa supervisión de los jueces nacionales con el inestimable apoyo por vía prejudicial del Tribunal de Justicia⁴².

IV. LAS OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DE LAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA: NOVEDADES NORMATIVAS E INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

La esencia de las Directivas sobre contratación pública radica precisamente en las específicas obligaciones que pretenden imponerse en un ámbito determinado y respecto de un concreto poder adjudicador o entidad adjudicadora. En realidad, estas obligaciones deben comprenderse e interpretarse como manifestaciones de la apertura de la contratación pública al mercado único europeo.

Así se deduce de la regulación de los procedimientos de adjudicación como abiertos, restringidos y negociados, con el fin de generalizar los procedimientos abiertos o restringidos y considerar excepcionales en el ámbito de los sectores clásicos los procedimientos negociados. La publicidad de los contratos públicos en el *Diario Oficial de la Unión Europea* constituye la materialización de la apertura europea de este importante sector económico. Del mismo modo, la armonización legislativa en cuanto se refiere a las especifi-

⁴¹ TJCE, sentencia de 13 de enero de 2005, Comisión/España (incumplimiento en materia de contratación interadministrativa) (C-84/03), ya citada, apartados 38 a 40.

⁴² TJCE, petición prejudicial planteada por el Tribunal administrativo regional de Lombardía, C-340/04, Carbotermo, en la que se plantea si es compatible con la Directiva 93/36/CEE la adjudicación directa del contrato de suministro de combustible para las instalaciones térmicas de edificios de propiedad municipal a una empresa de la que la Administración es directamente o a través de otra sociedad pública el socio mayoritario con el 99,98% (DOUE núm. C 251, de 9 de octubre de 2004, pgs. 6-7).

caciones técnicas y respecto de la selección y de la aptitud de los candidatos no es más que una forma de adaptar las exigencias de la libre circulación de mercancías, del derecho de establecimiento y de la libre prestación de servicios al mercado de los contratos públicos. En fin, el sistema se cierra con la regulación de unos criterios objetivos de adjudicación: bien el precio más bajo, bien la oferta económicamente más ventajosa, que deben estar sometidos a publicidad y transparencia.

A) La adaptación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos: el procedimiento negociado, el diálogo competitivo, los «acuerdos marco» y la utilización de los medios electrónicos de contratación

Probablemente la regulación clave de las Directivas sea el establecimiento de los tres procedimientos básicos de adjudicación de los contratos públicos: abierto, restringido y negociado; con el fin de responder a la máxima transparencia y a la plena objetividad, lo que se complementa, posteriormente, con el establecimiento de dos únicos criterios de adjudicación: el precio más bajo o la oferta económicamente más ventajosa.

Pues bien, la gran novedad de las Directivas de 2004 consiste en la modernización de estos procedimientos y, en particular, la nueva regulación pretende flexibilizar los procedimientos de adjudicación creando uno nuevo, denominado «diálogo competitivo»; atiende las demandas de algunos Estados miembros para la regulación de los «acuerdos marco»; y faculta a los poderes adjudicadores para introducir la utilización de medios electrónicos en la contratación pública. No obstante, con carácter previo examinamos los límites a los que queda sometido el procedimiento negociado en la reciente jurisprudencia y que permite comprender mejor las innovaciones de las Directivas.

1. *Los límites del procedimiento negociado en las Directivas y en el Derecho comunitario primario*

Muchos de los asuntos que llegan al Tribunal de Justicia tienen su origen en la adjudicación directa de un contrato que, por lo general, las empresas competidoras o la Comisión Europea denuncian como abusivo y contrario a las Directivas sobre contratación pública. Por una parte, en el ámbito de la Directiva de contratos públicos en los sectores clásicos el procedimiento negociado es la excepción por lo que su utilización está sometida a una interpretación restrictiva. Y, por otra parte, la adjudicación directa supone una limitación a la transparencia en el mercado único europeo que, en determinados supuestos y como ha llegado a decir el Tribunal de Justicia, supone la vulneración de las libertades económicas fundamentales de la Unión.

Así, por ejemplo, el Tribunal de Justicia ha recordado en la sentencia, de 13 de enero de 2005, que declara varios incumplimientos de España en materia de contratación administrativa:

«Según se desprende, en particular, del duodécimo considerando de la Directiva 93/36 y del octavo considerando de la Directiva 93/37, **el procedimiento negociado tiene carácter excepcional y sólo debe aplicarse en los casos taxativamente enumerados.** Desde esta perspectiva, los artículos 6, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/36 y 7, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/37 enumeran taxativamente los supuestos en los que se puede recurrir al procedimiento negociado sin publicación previa de anuncio de licitación.

Según la jurisprudencia, las disposiciones que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obras deben ser objeto de una interpretación estricta (sentencias de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94, Rec. p. I-1249, apartado 23, y de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, C-318/94, Rec. p. I-1949, apartado 13). Por tanto, **los Estados miembros no pueden, so pena de privar a las Directivas de que se trata de su efecto útil, establecer supuestos de recurso al procedimiento negociado que no estén previstos en las citadas Directivas ni dotar a los supuestos expresamente previstos por estas Directivas de condiciones nuevas que tengan como efecto facilitar el recurso a dicho procedimiento.**

Pues bien, en el presente asunto no puede negarse que, al permitir el recurso al procedimiento negociado cuando el contrato no haya podido adjudicarse en un procedimiento abierto o restringido o los candidatos presentados no hayan sido admitidos a licitación, siempre que no se modifiquen las condiciones originales del contrato, salvo el precio, que no podrá ser aumentado en más de un 10%, los artículos 141, letra a) y 182, letra a), del Texto Refundido dotan precisamente a las citadas disposiciones de las Directivas 93/36 y 93/37 de una condición nueva que debilita tanto el alcance como el carácter excepcional de aquéllas. En efecto, una condición de este tipo no puede considerarse una modificación no sustancial de las condiciones originales del contrato, como prevén, respectivamente, los artículos 6, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/36 y 7, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/37.

En tales circunstancias, es necesario señalar que los artículos 141, letra a) y 182, letra a), del Texto Refundido constituyen una adaptación incorrecta del Derecho interno a los artículos 6, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/36 y 7, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/37»⁴³.

Y como ejemplo de la necesidad de interpretar restrictivamente los supuestos en que cabe utilizar el procedimiento negociado en los contratos públicos en los sectores clásicos conviene recordar los términos en que se planteó un recurso por incumplimiento contra Italia, incoado por la Comisión Europea contra la adopción de una Ordenanza el 24 de julio de 2002 que tenía por objeto la adquisición de dos helicópteros que fueron suministrados por la sociedad italiana Agusta Bell SpA tras un procedimiento negociado. Italia

⁴³ TJCE, sentencia de 13 de enero de 2005, Comisión/España (incumplimiento en materia de contratación administrativa) (C-84/03, ya citada, apartados 47 a 50).

invocaba ante el Tribunal de Justicia el artículo 6.3.d) de la Directiva 93/36 que permite la utilización de un procedimiento negociado en situaciones de extrema urgencia provocadas por acontecimientos imprevisibles por parte de los poderes adjudicadores. En este caso la ordenanza se había justificado en virtud de la necesidad urgente de combatir los incendios forestales durante el estado de emergencia declarado en julio de 2002. Aunque el Tribunal de Justicia declaró inadmisibile el recurso de incumplimiento por dirigirse únicamente contra una ordenanza que ya había agotado sus efectos antes de expirar el plazo fijado en el dictamen motivado e incluso antes del envío del escrito de requerimiento⁴⁴, es interesante recordar estos razonamientos del Abogado General, F. Jacobs en las Conclusiones presentadas el 2 de junio de 2005:

«Cabe aceptar que los incendios forestales en verano son previsibles en Italia, de modo que las autoridades no pueden invocar su propia falta de previsión para tomar precauciones de manera anticipada contra dichos incendios con el fin de justificar el recurso a un procedimiento negociado al amparo del artículo 6, apartado 3, letra d), de la Directiva 93/36.

Sin embargo, los incendios forestales excepcionales debidos a condiciones meteorológicas excepcionales no son, por definición, previsibles como tales y pueden constituir razones de extrema urgencia a los efectos de dicha disposición»⁴⁵.

Por lo que se refiere a la desconfianza de todo procedimiento de adjudicación directa en relación con su conformidad con el mercado europeo debe recordarse que, incluso en aquellos supuestos en que no es aplicable la Directiva en los sectores clásicos, los jueces nacionales le plantean al Tribunal de Justicia si su utilización es contraria a las libertades comunitarias fundamentales. Así, por ejemplo, en la sentencia de 21 de julio de 2005, Coname, el Tribunal administrativo regional de Lombardía en un reenvío prejudicial sobre la concesión para la gestión del servicio público de distribución de gas a una empresa municipal, contrato al que no se aplicaban las Directivas comunitarias, planteó si la adjudicación directa por parte de un ayuntamiento italiano a una empresa con capital público como Padania Ac que vulneraba el Tratado CE.

La Abogada General Christine Stix-Hackl fue muy explícita en sus Conclusiones sobre el alcance de la «obligación de transparencia» que deriva del Derecho comunitario primario, del propio Tratado CE:

«A la vista de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que conteste a la cuestión prejudicial del modo siguiente: Los artículos 43 CE y 49 CE deben interpretarse en el sentido de que

⁴⁴ TJCE, sentencia de 27 de octubre de 2005, Comisión/Italia (adquisición de dos helicópteros contra incendios forestales) (C-535/03, *Rec.* pg. 1).

⁴⁵ TJCE, Conclusiones del Abogado General F. G. Jacobs, de 2 de junio de 2005, Comisión/Italia (C-525/03, *Rec.* pg. 1, apartados 67 y 68).

establecen, en principio, una obligación de transparencia. Sin embargo, dichos artículos no se oponen en todos los casos a una adjudicación directa, es decir a una adjudicación sin anuncio o convocatoria de licitación. Para apreciar la cuestión de si es admisible o no una adjudicación directa en un procedimiento de adjudicación como el del procedimiento principal, el órgano jurisdiccional nacional deberá tomar en consideración, como si de un estudio de mercado se tratara, a qué operadores económicos interesa la adjudicación proyectada para determinar la competencia potencial; a tal respecto, el valor y el objeto de la adjudicación tendrán una relevancia decisiva»⁴⁶.

El Tribunal de Justicia, sin perjuicio de matizar que las libertades comunitarias no imponen necesariamente la convocatoria de una licitación, ofrece la solución al caso concreto y de su respuesta se deduce que el ayuntamiento italiano conculcaba el Derecho europeo:

«En estas circunstancias, procede contestar a la cuestión planteada que los artículos 43 CE y 49 CE se oponen, en un contexto como el del litigio principal, a que un Ayuntamiento proceda a la adjudicación directa de una concesión para la gestión del servicio público de distribución de gas a una sociedad de capital mayoritariamente público, en la que dicho Ayuntamiento posee una participación del 0,97%, cuando dicha adjudicación no cumpla el requisito de transparencia, el cual, sin imponer necesariamente la convocatoria de una licitación, permite, en particular, que una empresa establecida en otro Estado miembro distinto de aquél al que pertenezca el Ayuntamiento pueda tener acceso a una información adecuada sobre dicha concesión antes de su adjudicación, de forma que, de haberlo deseado, esté en condiciones de manifestar su interés por obtener dicha concesión»⁴⁷.

También conviene recordar el ya apuntado reenvío prejudicial remitido por auto, de 1 de abril de 2005, del Tribunal Supremo español que cuestiona «si es admisible en los términos del art. 86.1 del Tratado de la Unión Europea que un Estado miembro de la Unión atribuya *ex lege* a una empresa pública un régimen jurídico que le permita realizar obras públicas sin sometimiento al régimen general de contratación administrativa mediante concurso, sin concurrir circunstancias especiales de urgencia o interés público, tanto por debajo como superando el umbral económico contemplado por las Directivas europeas, y su compatibilidad con la normativa comunitaria europea y con la jurisprudencia»⁴⁸.

⁴⁶ TJCE, Conclusiones de la Abogada General Christine Stix-Hackl, de 12 de abril de 2005, *Conorzio Aziende Metano (Coname)* (C-231/03, *Rec.* pg. I, apartado 105).

⁴⁷ TJCE, sentencia de 21 de julio de 2005, *Conorzio Aziende Metano (Coname)* (C-231/03, *Rec.* pg. I, apartado 28).

⁴⁸ TJCE, C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (ASEMFO)/TRAGSA y Administración del Estado (DOUE núm. C 257, de 15 de octubre de 2005, pgs. 2-3)*.

2. *El nuevo procedimiento de adjudicación de contratos en los sectores clásicos: el diálogo competitivo*

La base de las nuevas Directivas siguen siendo los procedimientos abiertos, restringidos y negociados para la adjudicación de los contratos públicos; no obstante, la Directiva 2004/18 ha adoptado un nuevo procedimiento denominado «diálogo competitivo» que define en su artículo 1.2.11.c):

«El “diálogo competitivo” es un procedimiento en el que todo operador económico puede solicitar su participación y en el que el poder adjudicador dirige un diálogo con los candidatos admitidos a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades, soluciones que servirán de base para que los candidatos elegidos presente una oferta».

La regla general aplicable en los sectores clásicos sigue siendo la de recurrir al procedimiento abierto o restringido y sólo de manera excepcional y en las condiciones fijadas en los artículos 29, 30 y 31 de la Directiva 2004/18 podrá recurrirse al diálogo competitivo, al procedimiento negociado con publicidad o al procedimiento negociado sin publicidad, respectivamente.

El procedimiento del diálogo competitivo sólo cabe «en el caso de los contratos particularmente complejos», es decir, cuando el poder adjudicador no se encuentre objetivamente capacitado para definir los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos o cuando para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto. El procedimiento, que detalla el artículo 29 de la Directiva, pretende que el poder adjudicador determine, después de compararlas si es preciso, las soluciones que puedan responder a sus necesidades.

3. *Los «acuerdos marco» en el ámbito de la contratación pública*

La regulación anterior a las Directivas de 2004 se ha revelado insuficiente para cubrir las necesidades de los poderes y de las entidades adjudicadores. Así lo ha puesto de manifiesto, por ejemplo, la sentencia de 13 de enero de 2005 donde el Tribunal de Justicia declara el incumplimiento por España de las obligaciones comunitarias al prever un sistema tradicional de adjudicación de contratos de suministro de bienes uniformes a través del procedimiento negociado sin publicidad previa. De este modo, a juicio del Tribunal de Justicia:

«Por lo que respecta a la adjudicación de contratos de suministro de bienes uniformes, a la que se refiere el artículo 182, letra g), del Texto Refundido, sólo cabe recurrir al procedimiento negociado en los supuestos enumerados taxativamente en el artículo 6, apartados 2 y 3, de la Directiva 93/36. Por otra parte, el apartado 4 de este artículo indica que “en todos los demás supuestos, los poderes adjudicadores adjudicarán sus contratos de suministro por el procedimiento abierto o por el procedimiento restringido”.

Pues bien, la disposición controvertida, introducida por el legislador

español, no responde al caso que figura en el artículo 6, apartado 2, ni a uno de los seis supuestos enumerados en el apartado 3 del mismo artículo, en los que está expresamente permitida la utilización del procedimiento negociado sin publicación previa de anuncio de licitación. **Procede señalar asimismo que el concepto de «acuerdo marco» no está incluido en el ámbito de aplicación de estas excepciones.**

Además, según jurisprudencia reiterada, las disposiciones que admiten excepciones a las normas dirigidas a garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de suministro deben ser interpretadas estrictamente (sentencia de 17 de noviembre de 1993, Comisión/España, C-71/92, Rec. p. I-5923, apartado 36). Por tanto, corresponde a los Estados miembros demostrar que su normativa incorpora de manera fiel los supuestos expresamente previstos por la Directiva. Pues bien, en el caso de autos, el Gobierno español no ha aportado tal prueba.

En consecuencia, **en la medida en que permite el recurso al procedimiento negociado sin publicidad previa en los procedimientos que se refieran a bienes cuya uniformidad haya sido declarada necesaria para su utilización común por la administración, siempre que el tipo de bienes de que se trate se haya elegido previamente en virtud de concurso, la normativa controvertida constituye una adaptación incorrecta del Derecho interno al artículo 6, apartados 2 y 3, de la Directiva 93/36»⁴⁹.**

La nueva regulación del «acuerdo marco» se recoge en las dos Directivas. Así, el artículo 1.2.5 de la Directiva 2004/18 y el artículo 1.4 de la Directiva 2004/187 ofrecen dos definiciones prácticamente idénticas:

«un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores [entidades adjudicadoras] y uno o varios operadores económicos cuyo objetivo consiste en establecer las condiciones que rijan los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular las relativas a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas».

El acuerdo marco está sometido a una serie de exigencias que detallan el artículo 32 de la Directiva 2004/18 y el artículo 14 de la Directiva 2004/17. Obviamente es en el ámbito de los sectores clásicos donde se establecen mayores restricciones. Por una parte, la nueva figura del «acuerdo marco» no exonera al poder adjudicador de observar las normas de procedimiento en todas las fases, incluida la de adjudicación de los contratos; la duración del acuerdo marco se fija en un máximo de cuatro años y los procedimientos de adjudicación dependerán de que el acuerdo marco se haya celebrado con un único operador o con varios operadores económicos. Cuando se celebre el acuerdo marco con varios operadores su número será de al menos tres y la adjudicación deberá hacerse de conformidad con lo establecido en el acuerdo o, en otro caso, convocando a las partes a una nueva licitación que tome como base los mismos términos.

⁴⁹ TJCE, sentencia de 13 de enero de 2005, Comisión/España (incumplimiento en materia de contratación centralizada) (C-84/03, ya citada, apartados 56 a 59).

En ambas Directivas se establece un límite en la celebración de acuerdos marcos: que no se recurra de manera abusiva o cuando se distorsione la competencia.

4. *La modernización de los procedimientos de adjudicación mediante la contratación pública electrónica: los «sistemas dinámicos de adquisición»*

Uno de los elementos esenciales de la modernización de la normativa comunitaria sobre contratación pública es la introducción de los medios electrónicos. La nueva regulación de las Directivas tiene carácter facultativo pero, en caso de que se adopte por las legislaciones nacionales, su régimen jurídico es muy detallado con el fin de garantizar los principios de accesibilidad, objetividad y transparencia. En las nuevas Directivas se explican las razones prácticas y económicas de la contratación electrónica pero también se recuerda la necesidad de respetar determinadas exigencias y principios. Así lo explican el apartado 12 del preámbulo de la Directiva 2004/18 y el apartado 20 de la Directiva 2004/17:

«Se están desarrollando constantemente nuevas técnicas electrónicas de compra. Dichas técnicas permiten ampliar la competencia y mejorar la eficacia del sistema público de pedidos, en particular mediante el ahorro de tiempo y dinero que entraña la utilización de las mismas. Los poderes adjudicadores [entidades adjudicadoras] pueden utilizar técnicas electrónicas de compra, siempre que su utilización se realice dentro del respeto de las normas establecidas en la presente Directiva y de los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia».

El nuevo «sistema dinámico de adquisición» constituye un procedimiento de adjudicación abierto de los contratos públicos que se define y se regula detalladamente en ambas Directivas. Su definición la ofrecen el artículo 1.6 de la Directiva 2004/18 y el artículo 1.5 de la Directiva 2004/17:

«un proceso de adquisición enteramente electrónico para compras de uso corriente, cuyas características generalmente disponibles en el mercado satisfacen las necesidades del poder adjudicador, limitado en el tiempo y abierto durante toda su duración a cualquier operador económico que cumpla los criterios de selección y haya presentado una oferta indicativa que se ajuste al pliego de condiciones».

Los requisitos específicos del sistema dinámico se recogen en el artículo 33 de la Directiva 2004/18 y en el artículo 15 de la Directiva 2004/17 en términos idénticos. Las características más importantes son: en primer lugar, su introducción es facultativa; en segundo lugar, este sistema electrónico sólo es compatible con el procedimiento abierto siendo posible que durante toda la duración del sistema cualquier operador presente una oferta indicativa y sea incluido en el sistema; en tercer lugar, la información y transparencia deben ser máximas y cada contrato específico será objeto de una licitación; en fin, el sistema dinámico de adquisición no puede durar más de cuatro años, no puede suponer ningún gasto para los operadores económi-

cos y los poderes adjudicadores no pueden recurrir abusivamente a este sistema o si se distorsiona la competencia.

B) La publicidad «europea» de los contratos públicos en la Unión Europea

La publicidad en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, serie S, es decir, la «publicidad europea» de los contratos públicos es uno de los logros más importantes de la realización del mercado único europeo. De hecho, hasta hace poco la publicidad europea fue la obligación por antonomasia de las Directivas. Sin embargo, conseguir que se cumpliera esta exigencia en los contratos más importantes, sometidos a las Directivas y que, por tanto, superaban un umbral económico, requirió los esfuerzos de la Comisión Europea que, en muchas ocasiones debió llevar a los Estados miembros por infracción ante el Tribunal de Justicia; y de los jueces nacionales que preguntan al Tribunal de Justicia los efectos de la falta de publicación europea del anuncio de un contrato público.

Aún hoy la Comisión Europea logra que el Tribunal de Justicia constate el incumplimiento de esta obligación. Así, en la sentencia de 2 de junio de 2005, el Tribunal de Justicia declara el incumplimiento por Grecia debido a la falta de publicidad europea de un contrato relativo a la construcción de un sistema de cintas transportadoras en la central térmica de Megalópolis. En este supuesto la defensa de Grecia en cuanto se refiere al fondo del asunto se basó, simplemente, en la alegación de que, en virtud del artículo 20, apartado 2, letras c) y d) de la Directiva 93/38, en casos excepcionales, el contrato controvertido podía adjudicarse sin la previa publicación del anuncio. Sin embargo, el Tribunal de Justicia recordó que se trata de excepciones que debe interpretarse restrictivamente:

«Sobre este particular, debe recordarse, con carácter preliminar, que **lo dispuesto en el artículo 20, apartado 2, letras c) y d) de la Directiva 93/38 debe ser objeto de interpretación estricta, ya que establece excepciones a las normas reguladoras de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. Además, la carga de la prueba incumbe a quien pretenda beneficiarse de ello** [véanse, en este sentido, en el contexto de las Directivas 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971 (DO L 185, pg. 5; EE 17/03, pg. 9), y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 (DO L 199, pg. 54), las sentencias de 10 de marzo de 1987, Comisión/Italia, 199/85, Rec. pg. 1039, apartado 14; de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94, Rec. pg. I-1249, apartado 23, y de 14 de septiembre de 2004, Comisión/Italia, C-385/02, Rec. pg. I-8121, apartado 19].

Por lo que atañe en primer lugar, al artículo 20, apartado 2, letra c) de la Directiva 93/38, la jurisprudencia ha declarado que la aplicación de esta disposición está sujeta a dos requisitos acumulativos, a saber por una parte, que existan razones técnicas de las obras que sean objeto del contrato y, por otra parte, que dichas razones técnicas hagan abso-

lutamente necesaria la adjudicación del contrato a una empresa determinada (véase, en este sentido, en el contexto de las Directiva 71/305 y 93/37, las sentencias antes citadas de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, apartado 24, y de 14 de septiembre de 2004, Comisión/Italia, apartados 18, 20 y 21).

Pues bien, en el presente caso, según ha señalado el Abogado General en los puntos 40 a 45 de sus conclusiones si bien las obras en cuestión obedecían a razones técnicas en el sentido del artículo 20, apartado 2, letra c) de la Directiva 93/38, ha de reconocerse que el Gobierno helénico no ha demostrado fehacientemente que únicamente pudiera realizarlas la agrupación de empresas Koch/Metka y que, por consiguiente, fuese absolutamente necesario adjudicarle el contrato.

Efectivamente, ni las propiedades particulares del producto que debía transportarse, ni la naturaleza inestable del subsuelo o la necesidad de conectar el sistema de cintas transportadoras al que ya existía demuestran, por sí solas, que dicha agrupación de empresas fuese el único empresario en la Comunidad que tuviese la capacidad técnica necesaria para llevar a cabo las citadas obras.

[...]

En segundo lugar, por lo que atañe a la excepción prevista en el artículo 20, apartado 2, letra d), de la Directiva 93/38, la jurisprudencia la ha supeditado al cumplimiento de tres requisitos acumulativos, a saber la existencia de un acontecimiento imprevisto, de una imperiosa urgencia incompatible con los plazos requeridos en otros procedimientos y, por último, de una relación de causalidad entre el acontecimiento imprevisto y la imperiosa urgencia que del mismo se deriva (véase, en este sentido, en el contexto de la Directiva 71/305, las sentencias de 2 de agosto de 1993, Comisión/Italia, C-107/92, Rec. pg. I-4655, apartado 12, y de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, C-318/94, Rec. pg. I-1949, apartado 14).

Pues bien, el Gobierno helénico no ha demostrado que dichos requisitos se cumplan en el presente caso»⁵⁰.

Las novedades introducidas por las Directivas de 2004 sólo pretenden algunas mejoras y establecen previsiones específicas para los nuevos procedimientos como, por ejemplo, el sistema dinámico de adquisición o el acuerdo marco. Por eso se introduce una regla general que tendrá especial importancia, en el artículo 38.1 de la Directiva 2004/18 y 45.1 de la Directiva 2004/17, conforme a la cual:

«Al fijar los plazos de recepción de las ofertas y solicitudes de participación, los poderes adjudicadores tendrán en cuenta, en particular, la complejidad del contrato y el tiempo necesario para preparar las ofer-

⁵⁰ TJCE, sentencia de 2 de junio de 2005, Comisión/Grecia (contrato relativo a la construcción de un sistema de cintas transportadoras para la central térmica de Megalópolis) (C-394/02, Rec. pg. I-4713, apartados 33-35 y 40-41).

tas, sin perjuicio de los plazos mínimos establecidos en el presente artículo».

Asimismo, la utilización de medios electrónicos permite la reducción de los plazos pero también los medios de comunicación elegidos deben estar disponibles de forma general sin restringir el acceso de los operadores económicos, deben garantizar la protección de la integridad y la confidencialidad de los datos y ofertas; sus características técnicas no deben ser discriminatorias, deben estar a disposición del público y han de ser compatibles con las tecnologías de la información y la comunicación de uso general. De este modo se cumple el objetivo propuesto en el preámbulo de las Directivas de que «los medios electrónicos estén en pie de igualdad con los medios de comunicación e intercambio de información [y] el medio y la tecnología elegidos deben ser compatibles con las tecnologías utilizadas en los demás Estados miembros»⁵¹.

En fin, tampoco debe olvidarse una vieja y asentada regla de que los poderes adjudicadores pueden publicar anuncios relativos a contratos públicos que no estén sometidos a la publicación obligatoria de las Directivas y que por el hecho de su publicación no quedarán sometidos al régimen específico de las Directivas. En todo caso, como ya subrayamos, la nueva perspectiva de la Comisión Europea es exigir, en sintonía con la jurisprudencia comunitaria, que las autoridades nacionales respeten un mínimo de publicidad aunque los contratos no estén sometidos a las Directivas; y así, por ejemplo, en un recurso por incumplimiento formulado contra Irlanda, la Comisión considera que «sería incompatible con la lógica del mercado interior que, pese a que el Derecho comunitario exige un determinado nivel de publicidad en tales situaciones, aun cuando el contrato no se encuentre incluido en el ámbito de aplicación de las directivas por su estructura o valor, los Estados miembros fueran libres de no publicar de modo alguno ciertos contratos (cuyo valor supere los umbrales) únicamente por estimar que los servicios a que se refieren se encuentran incluidos en el anexo IB de la Directiva [en este caso, se trata de] contratos (como las concesiones de servicios) que no se encuentran expresamente amparados en aquéllas y de los contratos que, pese a estar previstos en ellas, se refieren a valores inferiores a los umbrales fijados en las diferentes directivas»⁵².

C) La aptitud de los candidatos en los procedimientos de contratación pública: exigencias constitucionales, desarrollos legislativos e interpretación judicial

La selección de los candidatos en el procedimiento de contratación pública está sometida obviamente a las reglas del Tratado CE. En las Directivas se

⁵¹ Apartado 35 del preámbulo de la Directiva 2004/18 y apartado 46 del preámbulo de la Directiva 2004/17.

⁵² TJCE, C-507/03, Comisión/Irlanda (*DOUE* núm. C 35, de 7 de febrero de 2004, pgs. 4-5).

establecen los modos de acreditar los niveles mínimos exigibles de la capacidad económica y financiera y de la capacidad técnica y profesional.

Una importante novedad de las Directivas de 2004 consiste en la exclusión «ope legis» de la participación en un contrato de los que hayan sido condenados mediante sentencia firme por delitos de participación en organizaciones delictivas, corrupción o fraude contra los intereses financieros de la Unión y blanqueo de capitales.

También el artículo 47.2 y 3 de la Directiva 2004/18 y el artículo 53.5 de la Directiva 2004/17 enuncian una regla jurisprudencial conforme a la cual: «para un contrato determinado, el operador económico podrá basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas», debiendo, no obstante, demostrar la disponibilidad de los medios necesarios⁵³.

En fin, el artículo 50 de la Directiva 18/2004 y el artículo 52.3 de la Directiva 2004/17 establecen nuevas previsiones sobre la equivalencia de certificados relativos al medio ambiente, primando la aplicación del sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS).

Por lo que se refiere a la jurisprudencia más reciente en este ámbito resulta de especial importancia asegurar la efectividad del derecho de establecimiento y de la libre prestación de servicios. Por ejemplo, en la sentencia de 3 de marzo de 2005, *Fabricom*, el Tribunal de Justicia respondió a dos reenvíos prejudiciales del Consejo de Estado belga en los que se ponía en tela de juicio una norma nacional que «prohíbe presentar una solicitud de participación o formular una oferta para un contrato público de obras, de suministro o de servicios a una persona que se haya encargado de la investigación, la experimentación, el estudio o el desarrollo de tales obras, suministro o servicios, sin que se conceda a esa persona la posibilidad de demostrar que, en las circunstancias del caso concreto, la experiencia adquirida por ella no ha podido falsear la competencia». El Tribunal de Justicia acogió las razones que exponía el Tribunal Supremo administrativo belga y consideró:

«Procede destacar, a este respecto, que una norma como la controvertida en el litigio principal no concede a la persona que haya realizado determinados trabajos preparatorios ninguna posibilidad de demostrar que, en su caso particular, no se plantean los problemas expuestos en los apartados 29 y 30 de la presente sentencia.

Pues bien, esta norma va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de la igualdad de trato entre todos los licitadores.

En efecto, la aplicación de la mencionada norma puede llevar a excluir del procedimiento de adjudicación a personas que hayan realizado determinados trabajos preparatorios aun cuando su participación en di-

⁵³ TJCE, sentencia de 18 de diciembre de 1997, *Ballast Nedam Groep II* (C-5/97, *Rec.* pg. I-7549, apartado 13).

cho procedimiento no implique riesgo alguno para la competencia entre los licitadores»⁵⁴.

Las dos sentencias pronunciadas por el Tribunal de Justicia el 27 de octubre de 2005 respecto de las prácticas españolas de contratación administrativa son de particular trascendencia por la limitación que suponía a las libertades económicas fundamentales: una respondía al reenvío prejudicial remitido por un tribunal español y la otra resolvía un recurso por incumplimiento declarando la infracción por España del Derecho comunitario europeo.

En la primera sentencia el Tribunal comunitario aclaraba las dudas de la Audiencia Nacional en un litigio que enfrentaba a tres empresas que formaban una unión temporal de empresas, que tenían sus instalaciones de producción de oxígeno en Italia y Bélgica, con el Instituto Nacional de Salud, que había adjudicado a empresas competidoras sendos contratos públicos de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias en las provincias de Cáceres y Badajoz. La cuestión prejudicial se refería tanto a las condiciones de admisión como a los criterios de valoración establecidos para la adjudicación de los contratos controvertidos. El Tribunal de Justicia consideró que la libre prestación de servicios del artículo 49 del Tratado CE **«se opone a que una entidad adjudicadora incluya en el pliego de condiciones de un contrato público de prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida [u]n requisito de admisión que obliga a la empresa licitadora a disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de una oficina abierta al público en la capital de la provincia en la que debe prestarse el servicio»⁵⁵.**

Prácticamente en los mismos términos constató el Tribunal de Justicia el incumplimiento de España por haber convocado varios concursos para la prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias en Madrid, Badajoz, Burgos, Cáceres y Ciudad Real. Por lo que se refiere también a los criterios de admisión o de selección de los contratistas el Tribunal de Justicia declaró: **«el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE al incluir, en el pliego de condiciones de un contrato público de prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida, un requisito de admisión que obliga a la empresa licitadora a disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de una oficina abierta al público en la provincia en la que debe prestarse el servicio o, en su caso, en su capital»⁵⁶.**

⁵⁴ TJCE, sentencia de 3 de marzo de 2005, Fabricom C-21/03 y C-34/03, *Rec.* pg. I-1559, apartados 33 a 35).

⁵⁵ TJCE, sentencia de 27 de octubre de 2005, Contsc/Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (C-234/03, *Rec.* pg. I, apartado 79).

⁵⁶ TJCE, sentencia de 27 de octubre de 2005, Comisión/España (contratos del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria) (C-158/03, *Rec.* pg. I, apartado 53).

En fin, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado en su sentencia, de 9 de febrero de 2006, *La Cascina e.a.*, de la interpretación de las exigencias relativas al cumplimiento de obligaciones tributarias así como el momento en que deben cumplirse y acreditarse los criterios de selección cualitativa aplicables a una licitación de modo que «corresponde, por lo tanto, al ordenamiento jurídico nacional [en este supuesto el Derecho italiano] determinar si la interposición de un recurso administrativo o judicial produce efectos que obligan a la entidad adjudicadora a considerar que el candidato afectado está al corriente en sus obligaciones, hasta que se dicte una resolución definitiva, a efectos de su admisión en el procedimiento de licitación»⁵⁷.

D) Las especificaciones técnicas de los contratos públicos, las políticas comunitarias y el mercado único europeo

También en el caso de las especificaciones técnicas se trata de una concreción de las libertades comunitarias en las Directivas con el fin de evitar los obstáculos a la realización del mercado único europeo. Por tanto, lo que en su momento constituyó una previsión muy importante en los primeros momentos de consolidación del mercado común, ahora tiene una importancia secundaria. No obstante, resulta particularmente significativa la inclusión de una nueva previsión, el artículo 26 de la Directiva 2004/18 y el artículo 38 de la Directiva 2004/17, relativa a las especificaciones sociales y medioambientales y a su publicidad:

«Los poderes adjudicadores [entidades adjudicadoras] podrán exigir **condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental**».

De este modo sólo importantes justificaciones, fundadas en el principio transversal de la protección del medio ambiente o debidas a la dimensión social del mercado único europeo –en los términos que resultan de la Carta comunitaria de los derechos fundamentales de los trabajadores de 1989 o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión de 2000–, podrían justificar excepciones a las libertades económicas fundamentales.

⁵⁷ TJCE, sentencia de 9 de febrero de 2006, *La Cascina e.a.* (C-226/04 y C-228/04, *Rec.* pg. I, apartado 39); en la Conclusión del Abogado General Miguel Poiares Maduro, de 8 de septiembre de 2005, también proponía contestar al Tribunal administrativo regional del Lacio que la Directiva 92/50 «no es incompatible con una norma nacional o con una interpretación de las normas nacionales según la cual se considera que una empresa que ha interpuesto un recurso administrativo o judicial ha cumplido sus obligaciones hasta que se dicte una resolución definitiva» (apartado 43); y una empresa puede presentar la prueba del cumplimiento de los criterios de selección «hasta la expiración del plazo de solicitud de participación en dicha licitación, a menos que la entidad adjudicadora examine al mismo tiempo el cumplimiento de los criterios de selección y las ofertas de los candidatos, en cuyo caso el plazo aplicable será el fijado para la presentación de las ofertas» (apartado 53).

**E) Los criterios de adjudicación de los contratos públicos:
objetividad, publicidad y subastas electrónicas**

La quinta obligación que configura el núcleo de las Directivas para la apertura de la contratación pública en el mercado europeo consiste en limitar a dos los criterios para la adjudicación de un contrato público: el precio más bajo o la oferta económicamente más ventajosa.

En cuanto a la aplicación del precio más bajo, el Tribunal de Justicia debió interpretar las exigencias para rechazar las «ofertas anormalmente bajas» y desterrar las prácticas de algunos países⁵⁸; no obstante, la jurisprudencia más reciente y las reformas introducidas en las Directivas giran en torno a varias cuestiones vinculadas a la objetividad y a la publicidad en la determinación de los criterios de la oferta económicamente más ventajosa, así como respecto de la introducción de los medios electrónicos regulando por vez primera la «subasta electrónica».

1. *La objetividad y la publicidad de la ponderación de los criterios para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa*

La oferta económicamente más ventajosa como criterio de adjudicación presenta dificultades de interpretación en relación con aquellos elementos que se pueden tener en cuenta, su ponderación y su publicidad.

Por una parte, las Directivas exigen que los criterios que se adopten estén vinculados al objeto del contrato público. Por eso, las Directivas ofrecen un listado de criterios que no es exhaustivo: «por ejemplo, la calidad, el precio, el valor técnico, las características estéticas y funcionales, las características medioambientales, el coste de funcionamiento, la rentabilidad, el servicio posventa y la asistencia técnica, la fecha de entrega y el plazo de entrega o de ejecución».

Las dos sentencias de 27 de octubre de 2005 relativas a los criterios de adjudicación de un contrato de prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias son particularmente elocuentes. En este caso el Tribunal de Justicia puso de manifiesto, por una parte, el incumplimiento de las autoridades españolas del derecho a la libre prestación de servicios dado que en el pliego de condiciones se habían incluido **«unos criterios de valoración de las ofertas que, a efectos de atribuir puntos adicionales, toman en consideración la existencia, en el momento de la presentación de la oferta, de instalaciones de producción, de acondicionamiento y de envasado ubicadas, según el caso, en España o a menos de 1.000 km de la provincia de que se trate, o de oficinas abiertas al público en otras localidades determinadas de**

⁵⁸ La jurisprudencia comunitaria se ha enriquecido en el examen de la práctica italiana de las «bajas temerarias» donde, automáticamente y sin procedimiento contradictorio alguno, se excluía al licitador; véase, por ejemplo, a la sentencia de 27 de noviembre de 2001, *Impresa Lombardini e Impresa Ing. Mantovani* (C-285/99 y C-286/99, *Rec. pg. I-9233*).

esta última, y que, en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que haya prestado anteriormente el servicio de que se trata»⁵⁹.

Y, por otra parte, prácticamente en los mismos términos, el Tribunal de Justicia respondió a la Audiencia Nacional que el Derecho comunitario se oponía a «unos criterios de valoración de las ofertas que, a efectos de atribuir puntos adicionales, toman en consideración la existencia, en ese mismo momento, de instalaciones propias de producción, de acondicionamiento y de envasado de oxígeno situadas a menos de 1.000 km de la citada provincia o de oficinas abiertas al público en determinadas localidades de ésta y que, en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que haya prestado anteriormente el servicio de que se trata, en la medida en que tales criterios se apliquen de manera discriminatoria, no estén justificados por razones imperiosas de interés general, no sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que persiguen o vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, extremos que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional»⁶⁰.

El artículo 53.2 de la Directiva 2004/18 y el artículo 55.2 de la Directiva 2004/17 adaptan la regulación anterior con el fin de exigir que el poder adjudicador o la entidad adjudicadora precise «en el anuncio de licitación, en el pliego de condiciones o, en el caso del diálogo competitivo, en el documento descriptivo, la ponderación relativa que atribuya a cada uno de los criterios elegidos para determinar la oferta económicamente más ventajosa». Y, asimismo, las nuevas Directivas permiten que la ponderación se exprese «fijando una banda de valores que deberá tener una amplitud máxima adecuada». En fin, en aquellos casos en que la ponderación no sea posible por razones demostrables el poder adjudicador está obligado a indicar en el anuncio «el orden decreciente de importancia de los criterios».

La nueva regulación pretende regular problemas prácticos sobre los que, a la vista de la anterior legislación, ya se ha pronunciado el Tribunal de Justicia respecto de la práctica administrativa mantenida en algunos Estados miembros de conceder cierto margen de intervención integradora a las mesas de contratación, introduciendo elementos de especificación de las orientaciones generales esbozadas en el anuncio de licitación. Tal es el caso del asunto ATIEC en el que se impugnaba un contrato de transportes de personas ante el Consejo de Estado italiano por haber sido adjudicado por el Consorcio público de Venecia siguiendo la práctica italiana conforme a la cual la mesa de contratación, una vez presentadas las plicas y antes de su apertura y conociendo a los aspirantes, distribuía la valoración prevista en el pliego de condiciones en los cinco criterios previstos.

⁵⁹ TJCE, sentencia de 27 de octubre de 2005, Comisión/España (licitaciones convocadas por el Instituto Nacional de la Salud de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias) (C-158/03, *Rec.* pg. I, apartado 87).

⁶⁰ TJCE, sentencia de 27 de octubre de 2005, Contse/Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (C-234/03, *Rec.* pg. I, apartado 79).

El Abogado General Ruiz-Jarabo no consideró aceptable esta práctica y propuso al Tribunal de Justicia que contestase al Tribunal Supremo administrativo italiano: «la mesa de contratación no está autorizada a llevar a cabo ninguna actuación [de distribución de puntuaciones] excepto la de aplicarlos, quedándole vedada cualquier innovación, incluso si se practica antes de la apertura de los pliegos», de modo que «tampoco puede dotarse de normas para regular esa intervención ni distribuir entre las distintas pautas la estimación anticipada en aquellos documentos, organizándolas por su interés relativo»⁶¹. Sin embargo, en su sentencia de 24 de noviembre de 2005 el Tribunal de Justicia no fue tan lejos y ha matizado su respuesta:

«El Derecho comunitario no se opone a que una mesa de contratación atribuya un peso específico a elementos secundarios de un criterio de adjudicación establecidos con antelación, procediendo a distribuir entre dichos elementos secundarios el número de puntos que la entidad adjudicadora previó para el criterio en cuestión en el momento en que elaboró el pliego de condiciones o el anuncio de licitación, siempre que tal decisión: – no modifique los criterios de adjudicación del contrato definidos en el pliego de condiciones; – no contenga elementos que, de haber sido conocidos en el momento de la preparación de las ofertas, habrían podido influir en tal preparación; – no haya sido adoptada teniendo en cuenta elementos que pudieran tener efecto discriminatorio en perjuicio de alguno de los licitadores»⁶².

No obstante, el poder de decisión de las mesas de contratación se someten a un control más estrecho debiendo, en todo caso, someterse a los límites señalados.

2. *Las «subastas electrónicas»*

La modernización de la contratación pública europea se manifiesta en la organización del nuevo tipo de «subasta electrónica». Los artículos 1.7 y 1.6 de las Directivas en sectores clásicos y en sectores especiales, respectivamente, recogen esta definición:

«un proceso repetitivo basado en un dispositivo electrónico de presentación de nuevos precios, revisados a la baja, o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas y que permite proceder a su clasificación mediante métodos de evaluaciones automáticos. Por consiguiente, no podrán ser objeto de subastas electrónicas determinados contratos de servicios y determinados contratos de obras cuyo contenido implique el desempeño de funciones de carácter intelectual, como la elaboración de proyectos de obras».

⁶¹ Conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, dc 8 de septiembre de 2005, apartados 35 y 41.

⁶² TJCE, sentencia, dc 24 de noviembre de 2005, ATI EAC (C-331/04, *Rec.* pg. I, apartados 20 a 32).

Ya con más detalle se establecen, en el artículo 54 de la Directiva de los sectores clásicos y en el artículo 56 de la Directiva en los sectores especiales, las reglas de utilización de las subastas electrónicas. Se trata de una regulación facultativa aunque, de adoptarse, deberá ajustarse a las pautas fijadas en las Directivas. Asimismo, puede utilizarse en los procedimientos abiertos, restringidos y en un supuesto particular de los negociados, y siempre que «las especificaciones del contrato puedan establecerse de manera precisa». Los criterios de adjudicación serán el precio más bajo o la oferta económicamente más ventajosa. La utilización de las subastas electrónicas requiere que se anuncie previamente y que el pliego de condiciones incluya informaciones específicas sobre los criterios precisos de adjudicación y sobre el dispositivo electrónico y la conexión utilizados. Finalmente, las Directivas establecen como límite general a la utilización de las subastas electrónicas que no distorsione la competencia ni modifique el objeto del contrato «tal como se ha sometido a licitación mediante la publicación del anuncio de licitación y definido en el pliego de condiciones».

La Comisión Europea ha llevado a cabo una importante labor de sensibilización y de aportación de iniciativas, procurando conjugar los requerimientos técnicos con las exigencias jurídicas, con el fin de coordinar la introducción de los medios electrónicos en la contratación pública⁶³.

V. LOS PROCEDIMIENTOS DE RECURSO EN LA APLICACIÓN DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La efectividad de las nuevas Directivas sobre contratación pública está asegurada por las dos Directivas de procedimientos de recurso que han tenido una especial relevancia en la adaptación del procedimiento administrativo y del control jurisdiccional nacional de los contratos públicos. Tanto el artículo 81 de la Directiva 18/2004 como el artículo 72 de la Directiva 17/2004 hacen referencia expresa a las Directivas 89/665 y 92/13 como mecanismos de control, cuya calificación no deja dudas: «**eficaces, accesibles y transparentes**»; también las nuevas Directivas proponen a las autoridades nacionales que designen o establezcan «**una agencia independiente**».

Las Directivas sobre procedimientos de recurso se basan, en síntesis, en tres mecanismos fundamentales de control: las medidas cautelares, la anulación de las decisiones y la indemnización, sobre los que se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal de Justicia. El punto de partida del Tribunal comunitario es la efectividad de la protección y lo ha recordado en numerosas

⁶³ COMISIÓN EUROPEA, *Proposal for an Action Plan for the Implementation of the Legal Framework for Electronic Public Procurement Extended Impact Assessment*, Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión, SEC (2004) de 13 de diciembre de 2004; y *Requisitos funcionales para los procedimientos de contratación pública electrónica en el marco de la UE*, dos volúmenes, enero de 2005, <http://www.europa.eu.int/idabc/eprocurement>.

ocasiones, como lo subraya la sentencia de 3 de marzo de 2005, *Fabricom*, en estos términos:

«las disposiciones de las Directivas 89/665 y 92/13, destinadas a proteger a los licitadores contra la arbitrariedad de la entidad adjudicadora, tienen por objeto reforzar los actuales mecanismos para garantizar la aplicación efectiva de las normas comunitarias en materia de adjudicación de los contratos públicos, en particular en la fase en la que las infracciones aún pueden corregirse»⁶⁴.

A) Las medidas provisionales en materia de contratación pública

La experiencia española constituye un ejemplo particularmente significativo de la necesidad de ajustar las legislaciones nacionales sobre medidas cautelares a las exigencias de las Directivas sobre procedimientos de recurso en materia de contratación pública. Aun cuando en España, al menos oficialmente, se declaraba que las Directivas de 1989 y de 1992 ya habían sido objeto de una trasposición anticipada, dada la tradición administrativa y Contencioso-Administrativa en materia de medidas cautelares, la Comisión Europea consideró que la legislación española no cumplía las exigencias del Derecho comunitario por lo que planteó un recurso por incumplimiento que llegó al Tribunal de Justicia.

En su sentencia de 15 de mayo de 2003 el Tribunal de Justicia declaró el incumplimiento de España, entre otras razones, porque «si bien la normativa española establece la posibilidad de que se adopten medidas cautelares de carácter positivo, no cabe considerar que constituya un sistema de tutela judicial provisional adecuado para corregir de manera eficaz las infracciones eventualmente cometidas por las entidades adjudicadoras, dado que exige por regla general la interposición previa de un recurso en cuanto al fondo como condición para la adopción de una medida provisional contra una decisión de la entidad adjudicadora»⁶⁵.

B) La anulación de los actos del procedimiento de contratación pública

La posibilidad de impugnar los actos del procedimiento de contratación pública y el consiguiente poder atribuido por las Directivas al órgano administrativo o judicial de control han propiciado una abundante interpretación del Tribunal de Justicia.

Por limitarse únicamente a la jurisprudencia de 2005 conviene recordar el alcance que el Tribunal de Justicia atribuye a la efectividad de los recursos.

⁶⁴ TJCE, sentencia de 3 de marzo de 2005, *Fabricom* (C-21/03 y C-34/03, *Rec.* pg. I-1559, apartado 43).

⁶⁵ TJCE, sentencia de 15 de mayo de 2003, *Comisión/España* (adaptación incompleta del Derecho español a la Directiva 89/665/CEE: ámbito de aplicación «ratione personae», actos de trámite susceptibles de recurso y medidas cautelares autónomas) (C-214/00, *Rec.* pg. I-4667, apartado 99).

Así, en la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle, una de las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal alemán se refería al alcance de su control en un supuesto en el que la ciudad de Halle ni siquiera había abierto el procedimiento de contratación pública porque la adjudicación directa del contrato para eliminar los residuos en favor de la empresa RPL Recyclingpark Lochau GmbH se consideraba una «operación interna». Sin embargo, el Tribunal de Justicia ofreció una interpretación que permite combatir ante los tribunales precisamente lo que se enmascaraba como una «operación interna» y que, en realidad, suponía la adjudicación directa de un contrato de un ayuntamiento en favor de una empresa de economía mixta. Por tanto, a juicio del Tribunal comunitario si bien «no son recurribles las actuaciones que constituyan un mero estudio preliminar del mercado o que sean puramente preparatorias y formen parte de la reflexión interna de la entidad adjudicadora con vistas a la celebración de un contrato público», no hay duda alguna de que **«cuando una entidad adjudicadora decide no incoar un procedimiento de adjudicación debido a que a su juicio, el contrato de que se trata no está comprendido dentro del ámbito de aplicación de las normas comunitarias pertinentes, esta decisión constituye la primera decisión sujeta al control jurisdiccional»**.⁶⁶

También la efectividad que las Directivas otorgan a los recursos administrativos o judiciales internos se manifiesta en la sentencia del Tribunal de Justicia, de 2 de junio de 2005, Koppensteiner GmbH, pronunciada a requerimiento del organismo federal austriaco de control de los contratos públicos, el *Bundesvergabeamt*. En el litigio principal Koppensteiner impugnaba el acuerdo adoptado por el poder adjudicador de cancelar una licitación de un contrato de servicios después de haber transcurrido el plazo de presentación de ofertas. De aplicarse a este supuesto el Derecho austriaco, el órgano jurisdiccional de control de los contratos públicos estaría obligado a declarar la inadmisibilidad de la referida impugnación; sin embargo, el Tribunal de Justicia recuerda al *Bundesvergabeamt*:

«De las consideraciones precedentes se deduce que, **en la medida en que, en virtud del Derecho nacional, incluso interpretado de manera conforme con el Derecho comunitario, un licitador no pueda impugnar un acuerdo de cancelación de una licitación por ser contrario al Derecho comunitario y solicitar por ese motivo su anulación, el Derecho nacional no cumple lo dispuesto en los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665.**

Un órgano jurisdiccional nacional ante el que un licitador solicita la anulación de un acuerdo por el que se cancela una licitación por ser contrario al Derecho comunitario y cuyo Derecho nacional no permite juzgar esta demanda se enfrenta a la cuestión de si está obligado, en virtud del Derecho comunitario, a declarar la admisibilidad de tal recurso de anulación y, de ser así, en qué condiciones.

⁶⁶ TJCE, sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Recyclingpark Lochau GmbH (C-26/03, *Rec.* pg. I-1, apartados 35 y 33).

A este respecto procede señalar que la obligación de los Estados miembros derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que la misma prevé, así como su deber, conforme al artículo 10 CE, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales (véase, en particular, la sentencia de 4 de marzo de 1999, HI, C-258/97, Rec. pg. I-1405, apartado 25)⁶⁷.

En cambio, en otros supuestos el Tribunal de Justicia precisó que las Directivas sobre procedimientos de recurso no suponen derogaciones de exigencias específicas de los Derechos procesales nacionales. Así ocurrió en la sentencia de 8 de septiembre de 2005, Espace Trianon, donde el Tribunal de Justicia, a petición del Consejo de Estado belga, comprobó que una norma nacional, en virtud de la cual debía declararse inadmisibile una demanda presentada sólo por dos administradores de una unión temporal de empresas y no por su consejo de administración, no limitaba la efectividad de los recursos ni su accesibilidad a los licitadores, por lo que no era contraria a la Directiva 89/665⁶⁸.

C) La indemnización por incumplimiento de las obligaciones comunitarias en materia de contratos públicos

Las normas comunitarias europeas sobre contratación pública gozan de primacía, de efecto directo y permiten exigir la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por su violación. También las Directivas sobre procedimientos de recurso pretenden reforzar un principio elemental de todo ordenamiento jurídico como es el de indemnización por los perjuicios sufridos como consecuencia de la aplicación ilegal de las Directivas europeas.

El Tribunal de Justicia ha desarrollado una jurisprudencia en este sentido y, a tales efectos, el Abogado General F. G. Jacobs, en sus Conclusiones de 24 de febrero de 2005, en un recurso por incumplimiento contra Grecia, recordó:

«El establecimiento de un fundamento para posibles acciones de responsabilidad puede ser particularmente pertinente en los supuestos de infracción de las normas sobre contratación pública. Resulta generalmente admitido que **la anulación de un contrato que ha sido plenamente ejecutado debido a la infracción de las normas comunitarias aplicables en materia de contratación pública no es siempre la solución más acertada ya que, por regla general, no implica una adecuada satisfacción de los intereses públicos y privados que están en juego. Así**

⁶⁷ TJCE, sentencia de 2 de junio de 2005, Koppensteiner GmbH (C-15/04, Rec. pg. I-4855, apartados 31 a 33).

⁶⁸ TJCE, sentencia de 8 de septiembre de 2005, Espace Trianon SA (C-129/04, Rec. pg. I).

ocurre en particular en el supuesto de contratos de obras públicas que han sido en su mayor parte ejecutados. En tales circunstancias, la mejor reparación para las partes perjudicadas puede consistir en la indemnización de los daños. Éste es precisamente el razonamiento que subyace tanto en la Directiva general sobre recursos como en la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (en lo sucesivo, “Directiva relativa a los recursos en los sectores de los servicios de utilidad pública”). El artículo 2, apartado 6, de ambas Directivas autoriza a los Estados miembros a disponer que, una vez celebrado el contrato consecutivo a la adjudicación, los poderes del organismo responsable de los procedimientos de recurso se limiten a indemnizar por daños y perjuicios a cualquier persona perjudicada por una infracción. La declaración por parte del Tribunal de Justicia de que se ha producido un incumplimiento puede proporcionar un fundamento para ejercitar acciones de indemnización por daños ante los tribunales nacionales, aun cuando el contrato ya haya sido adjudicado y plenamente ejecutado»⁶⁹.

El Tribunal de Justicia terminó declarando, en su sentencia de 2 de junio de 2005, ya citada, el incumplimiento de Grecia dado que una empresa pública de electricidad había adjudicado directamente y sin publicidad en favor de otra empresa un contrato para la construcción de un sistema de cintas transportadoras en la central térmica de Megalópolis.

Obviamente, en materia de contratación pública las empresas competidoras estarán muy interesadas no sólo en la suspensión cautelar de una adjudicación, la eventual anulación de los actos del procedimiento de contratación sino, en especial, de resarcirse principal o subsidiariamente de los daños y perjuicios sufridos por la actuación ilegal del poder adjudicador.

VI. LA RENOVACIÓN DEL MARCO LEGISLATIVO ESPAÑOL DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

La adaptación de la legislación española a las obligaciones comunitarias europeas ha sido muy poco afortunada y, en todo caso, se aprecia falta de coherencia y consistencia, tal como se revela en los numerosos incumplimientos declarados por Tribunal de Justicia⁷⁰. No obstante y a pesar de la

⁶⁹ Conclusiones del Abogado General Francis G. Jacobs, de 24 de febrero de 2005, Comisión/Grecia, apartado 21.

⁷⁰ Véase el último y más completo examen del cumplimiento en el Derecho español de las obligaciones comunitarias sobre contratos públicos que realiza José M^º GIMENO FELIÚ, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesidad adopción de una Nueva Ley de Contratos Públicos y Propuestas de Reforma*, Thomson-Civitas, Navarra, 2006.

deficiente transposición de las Directivas y del incumplimiento de las demás obligaciones comunitarias, desde 1986 y, en particular, a partir de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, se había adoptado un marco legal específico que parecía bien asentado.

Pues bien, después de sucesivas reformas parciales, el Gobierno español ha decidido aprovechar la necesidad de incorporar las Directivas de 2004 para iniciar, justo cuando se terminaba el plazo máximo de incorporación, el 31 de enero de 2006, los trámites de lo que previsiblemente será la futura «Ley de contratos del sector público», cuyo Anteproyecto fue adoptado por el Ministerio de Economía y Hacienda el 15 de diciembre de 2005⁷¹ y el Anteproyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/17/CE y la Directiva 92/13/CEE, adoptado por el mismo Ministerio el 6 de marzo de 2006.

De los principios que inspirarán la futura Ley de contratos del sector público sólo interesa destacar dos aspectos: en primer lugar, el cambio radical de enfoque en cuanto al ámbito de aplicación de las Directivas; y, en segundo lugar, la solución que la nueva Ley pretende ofrecer a problemas específicos vinculados al cumplimiento de las obligaciones comunitarias europeas.

A) Los «contratos sujetos a regulación armonizada» y la aplicación de las Directivas: un paso atrás

En estos momentos se proyecta adoptar un nuevo enfoque en la transposición de la Directiva sobre contratos clásicos. En efecto, la legislación española aplicable hasta ahora no distinguía entre el ámbito de aplicación de las Directivas y el no afectado, de modo que, en la práctica, se aplicaban las normas de armonización europea a todo tipo de contratos; sin embargo, en la futura Ley de contratos del sector público se pretende abandonar este enfoque y aplicar las Directivas únicamente en los casos en que sea inexcusable desde el punto de vista comunitario su aplicación.

En la exposición de motivos del Anteproyecto de 15 de diciembre de 2005 se vierten unas críticas inmerecidas a la aplicación indiscriminada de las Directivas acusando a la legislación ahora vigente de haber «difuminado las fronteras entre lo comunitario y lo nacional en nuestras normas contractuales y, consiguientemente, ha enturbiado el análisis de las relaciones entre ambas esferas». En cambio, la futura regulación, por lo que se refiere al cumplimiento de las obligaciones comunitarias, explica las supuestas ventajas del nuevo enfoque en estos términos:

«La identificación de las disposiciones vinculadas al ordenamiento europeo, por su parte, permite enmarcar de forma nítida el ámbito de

⁷¹ FRANCISCO URÍA FERNÁNDEZ, «Primeras impresiones en relación con el Anteproyecto de Ley de contratos del sector público», *La Ley* núm. 6435, de 6 de marzo de 2006, pg. 1.

regulación disponible para el legislador nacional, a efectos de modular adecuadamente el régimen de contratación de los diferentes sujetos sometidos a la ley, y efectuar análisis de la norma de cara a adoptar decisiones de política legislativa».

Ahora bien, el nuevo enfoque resulta particularmente restringido a lo que en el articulado de la Ley se denominan «contratos sujetos a regulación armonizada» de modo que en el Anteproyecto se reconoce que ni siquiera dentro de tal expresión se amparan todos los contratos afectados y, por lo demás, parece olvidar que las obligaciones comunitarias en materia de contratación no son únicamente las derivadas de las Directivas. A estos efectos, también el preámbulo del Anteproyecto de Ley señala: «Como medio para identificar el ámbito normativo supeditado a las prescripciones del derecho comunitario se ha acuñado la categoría legal de “contratos sujetos a regulación armonizada”, que define los negocios que, por razón de la entidad contratante, de su tipo y de su cuantía, se encuentran sometidos a las directrices de la regulación europea».

De modo que en el Derecho español se distinguirá entre contratos sometidos a la armonización comunitaria y los demás contratos públicos no sometidos a la armonización comunitaria. La nueva regulación supondrá, sin duda alguna, un retroceso en la aplicación de unos procedimientos más abiertos y transparentes y sometidos a un control más ágil e intenso, al establecer con la nueva Ley dos regulaciones diferenciadas que complicarán más si cabe la compleja regulación de la contratación pública.

B) Las soluciones «españolas» al cumplimiento de obligaciones comunitarias: la confusión

La nueva legislación española pretende la transposición únicamente de la Directiva 18/2004 y parece que introducirá todas las figuras que en tal Directiva se recogían como de incorporación voluntaria a las legislaciones nacionales. A tal efecto, la futura Ley española de contratos del sector público llevará a cabo una amplia regulación en cuanto se refiere, por emplear la descripción de la exposición de motivos del Anteproyecto, «al diálogo competitivo, pensado para contratos de gran complejidad en los que la definición final de su objeto sólo puede obtenerse a través de la interacción entre el órgano de contratación y los licitadores; a la nueva regulación de diversas técnicas para racionalizar las adquisiciones de bienes y servicios (acuerdos marco, sistemas dinámicos de adquisición y centrales de compras); o, en fin, asumiendo las nuevas tendencias a favor de la desmaterialización de los procedimientos, optando por la plena inserción de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos». Obviamente, la incorporación de tales figuras es voluntaria, pero una vez introducidas en nuestro Derecho y en el marco de aplicación de la Directiva deberán respetar los procedimientos establecidos al efecto.

Asimismo, la nueva Ley introducirá una novedad basada en la Directiva sobre procedimientos de recurso al crear un recurso administrativo especial.

En efecto, como señala el preámbulo este recurso especial se introduce en el Derecho español «con el fin de trasponer la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

El artículo 37 del Anteproyecto de Ley regula dicho recurso administrativo especial en materia de contratación pero que se aplicará únicamente a los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada y cuyo objeto está constituido por «los acuerdos de adjudicación provisional, los pliegos reguladores de la licitación y los que establezcan las características de la prestación, y los actos de trámite adoptados en el procedimiento antecedente, siempre que estos últimos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos». También a continuación, en el artículo 38 del Anteproyecto, se establece una regulación de las medidas cautelares de carácter administrativo, limitadas también al mismo ámbito de los contratos sujetos a regulación armonizada.

No obstante, a pesar de que la nueva Ley de contratos del sector público se presenta como generalmente aplicable al sector público deja fuera de su regulación el ámbito de los contratos públicos en los sectores especiales, a los que se refiere el otro Anteproyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, de 6 de marzo de 2006, por lo que, en contra de su «planteamiento de reforma global» constituye un verdadero retroceso respecto de la legislación anterior, procura llevar a cabo una incorporación mínima de la Directiva 2004/18, pero que es deficiente respecto de las obligaciones comunitarias derivadas del Tratado CE, y, en definitiva, queda, nuevamente, sometida a recursos de incumplimiento de la Comisión Europea, declaraciones de infracción por el Tribunal de Justicia e interpretaciones, sin duda, más apropiadas de los Tribunales españoles.

Precisamente en la adopción de los nuevos procedimientos previstos en la Directiva se manifiesta la confusión que deriva de la neta distinción que la legislación española pretende establecer entre ámbitos sometidos a la Directiva o el resto de los contratos que, no debe olvidarse, aunque parece que la nueva regulación sí lo hace, también están sometidos a otras obligaciones comunitarias. En definitiva, se impone la confusión que habrá que soportar con paciencia y habrá que confiar en una interpretación de los tribunales españoles y de la Unión Europea más acorde con el espíritu y la finalidad del régimen de contratación pública.

VII. CONCLUSIÓN

En el ámbito de la contratación pública y de su apertura al mercado único

europeo se puede observar una interacción fecunda entre el legislador europeo que, con el fin de facilitar la realización de las libertades económicas fundamentales del Tratado CE ha adoptado paulatinamente unas directivas que no tendrían efecto alguno sin el aliento vivificador de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia; y, a su vez, esta jurisprudencia ha influido en las reformas legislativas que procuran alcanzar una mayor efectividad del Derecho derivado; y, en fin, como consecuencia de la aplicación judicial de la legislación comunitaria se ha puesto de manifiesto la necesidad de aplicar los principios y las libertades básicas del Tratado CE en las que se funda la integración europea.

Las dos nuevas Directivas de 2004 constituyen, en primer lugar, un intento de codificar la legislación contenida en las cuatro Directivas anteriores. Asimismo, se ha procurado «modernizar» la regulación europea propiciando la introducción de los medios electrónicos. Sin embargo, los grandes principios que inspiran este ámbito siguen siendo la igualdad, el reconocimiento mutuo y la transparencia. De hecho, puede apreciarse en la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia la vinculación inextricable entre las libertades económicas fundamentales del mercado único europeo, aplicables a todo tipo de contratos, con la exigencia de cumplir las obligaciones específicas reservadas a los contratos más relevantes y que se refieren a la publicidad «europea», a la limitación de las especificaciones técnicas o de los criterios de selección, a la excepcionalidad del procedimiento de adjudicación directa o a la utilización de criterios objetivos de adjudicación de los contratos públicos.

La integración económica europea y, sin duda, la denostada «mentalidad del mercado» («*market mentality*») con la que hasta ahora está realizando su interpretación el Tribunal de Justicia, ofrecen unos progresos espectaculares con el fin de conseguir un control más efectivo de los poderes económicos públicos⁷². Al menos en este ámbito de la contratación pública parece que, por efecto del Derecho de la Unión Europea, la «huida del Derecho» emprendida por los «poderes adjudicadores», tal como se ha denunciado en los últimos tiempos, resulta un poco menos escandalosa. En definitiva, la regulación europea de la contratación pública y su aplicación en toda la Unión Europea reflejan la lucha eterna entre el Poder, tan poco avezado a su encauzamiento, y el Derecho que no es más que el sometimiento del poder a unos límites mínimos.

La adaptación de la legislación española a las exigencias europeas no ha sido especialmente afortunada debido a que la transposición siempre ha sido parcial o manifiestamente insuficiente. El cambio de enfoque que, por lo que parece, adoptará la nueva Ley española de contratos del sector público tampoco puede considerarse apropiado. En efecto, tal perspectiva choca con la tendencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el

⁷² MIGUEL POIARES MADURO, *We, the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A critical reading of article 30 of the EC Treaty*, Hart Publishing, Oxford, 1998, pg. 167.

hecho de que las obligaciones comunitarias en materia de contratación pública no se recojan únicamente en las Directivas sino también que deriven del mismo Tratado CE, particularmente las vinculadas a las libertades comunitarias de circulación de mercancías, personas, capitales y servicios, o de otras Directivas sin limitación personal o material. De modo que no pueden descartarse nuevos incumplimientos *españoles* respecto de contratos que, si bien no están «sujetos a una regulación armonizada», deben cumplir otras obligaciones de extraordinaria importancia que derivan de otras normas comunitarias distintas de las Directivas. Pero es que, además, se echa en falta en la nueva Ley española que no contenga una regulación completa de los distintos aspectos afectados por el Derecho comunitario de la contratación pública como el ámbito de los contratos públicos en los sectores especiales o la regulación de los procedimientos de recurso, a pesar de que en este último caso se introduce un nuevo recurso administrativo especial y un procedimiento de medidas cautelares, limitándolo a los «contratos sujetos a una regulación armonizada».

En definitiva, puede observarse la fuerza transformadora que ha tenido y que está produciendo la simple idea inicial de la integración europea: aplicar las libertades comunitarias también a los contratos públicos y armonizar algunos aspectos relevantes, como la publicidad o los criterios de adjudicación, de los contratos con el fin de salvaguardar principios esenciales como el de la igualdad, objetividad y transparencia. De este modo, más bien parece que la nueva Ley española pretende impedir el establecimiento de cauces y límites convenientemente estrechos al ejercicio por los poderes públicos, que ya gozan de una amplia discrecionalidad en un sector económico de tan extraordinaria importancia. Habrá que confiar, una vez más, en que sean los competidores los que, bien sea acudiendo a la Comisión Europea bien a través de los controles jurisdiccionales nacionales, exijan de todas nuestras Administraciones y demás poderes adjudicadores una mayor apertura, objetividad y transparencia en la adjudicación de la contratación pública; pero para ello habrán de invocar un Derecho comunitario europeo que no parece que sea bien recibido en España.