

**LA APERTURA DE LOS PROCEDIMIENTOS
NACIONALES DE ADJUDICACION
DE CONTRATOS PUBLICOS A LAS EMPRESAS
DE OTROS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNION
EUROPEA (1)**
**(Sentencia de 17 de noviembre de 1993 del Tribunal
de Justicia de las Comunidades Europeas)**

Por
JOSÉ FRANCISCO LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ
Profesor Titular
de Derecho Administrativo
Universidad de Granada

SUMARIO: I. El Libro blanco para la realización del mercado interior en los aspectos relativos a la contratación pública.—II. Las Directivas del Consejo de las Comunidades Europeas en materia de contratación administrativa de obras, suministros y servicios.—III. La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de noviembre de 1993.

(1) Tras la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, el Consejo de la CEE adoptó, el lunes día 8 de noviembre de 1993, la siguiente decisión:

«El Consejo se llama ahora "Consejo de la Unión Europea" y se le designa como tal, especialmente en todos los actos que adopta, incluso en el marco de los títulos V y VI del Tratado de la Unión Europea; así, las declaraciones políticas que el Consejo adopte en función de la Política Exterior y de Seguridad Común se realizan en nombre de la Unión Europea.»

En esa misma Acta el Consejo añade la siguiente declaración;

«Este cambio no modifica en absoluto la situación jurídica actual según la cual la Unión Europea no tiene personalidad jurídica internacional y no afecta a la designación de las partes de cualquier instrumento internacional que tenga efectos jurídicos, que será una cuestión a decidir caso por caso.»

El Tratado de Maastricht no ha solucionado el tema de la denominación. La unión se basa en las Comunidades (que siguen existiendo) y en las nuevas formas de cooperación (política exterior y de seguridad común, justicia y asuntos internos). Jurídicamente, hubiera sido posible que el Consejo se llamara «Consejo de las Comunidades» y «Consejo de la Unión», según los ámbitos de acción. Pero dicha solución hubiera resultado poco práctica y una fuente de confusión; por ello los Ministros prefirieron la solución simple que tiene también un alcance simbólico (y no afecta, evidentemente, a las atribuciones y competencias).

Por su parte, J. Delors señaló que la Comisión (cuya denominación oficial es actualmente «Comisión de las Comunidades Europeas») pretende llamarse en el futuro «Comisión Europea» (véase la Revista «Europe», Información Internacional, lunes/martes 8 y 9 de noviembre de 1993, núm. 3197).

I. EL LIBRO BLANCO PARA LA REALIZACIÓN DEL MERCADO INTERIOR EN LOS ASPECTOS RELATIVOS A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En junio de 1985, la Comisión de las Comunidades Europeas publicó el *Libro blanco* para la realización del mercado interior con el objetivo de conseguir para 1992 un mercado europeo único de mercancías, servicios, personas y capitales.

El *Libro blanco* contenía un programa legislativo detallado que incluía unas 300 medidas y propuestas.

En septiembre de 1992, la Comisión publicó el «Séptimo informe sobre la aplicación del Libro blanco para la realización del mercado interior». Este informe actualizaba y modificaba el programa legislativo original del *Libro blanco* (2), y su contenido hacía referencia a los siguientes aspectos: un mercado común de servicios; supresión de los controles en las fronteras; condiciones para facilitar la cooperación entre empresas; *apertura de la contratación pública*; mercado interior sobre la energía; una nueva política comunitaria de normalización; controles veterinarios y fitosanitarios; política social de la Comunidad.

Al redactar el *Libro blanco* se calculó que, en la Comunidad, la contratación pública tiene un peso económico de aproximadamente 600.000 millones de ecus (cerca del 15 por 100 de su producto interior bruto). Sin embargo, tan sólo un 2 por 100 de estos contratos públicos se adjudican a empresas de un Estado miembro distinto del que ha convocado la licitación. Esta falta de competencia abierta y eficaz constituye uno de los obstáculos más claros y anacrónicos para la completa realización del mercado interior. Además, la falta de competencia intracomunitaria en ciertas industrias clave y los costes adicionales que ello supone para los poderes adjudicadores dificultan la aparición de empresas europeas capaces de competir en los mercados mundiales (3).

(2) CECA-CEE-CEEA, Bruselas-Luxemburgo, 1993; Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1993. Esta publicación: ISBN 92-826-5273-4; la serie completa: ISBN 92-826-5246-7. Printed in Belgium. Estas publicaciones se actualizan y reimprimen regularmente. Aquí se hace referencia al informe sobre la situación a 1 de enero de 1993, tomo 3, enero de 1993.

(3) Completa la visión del *Libro blanco* una publicación de la serie «Documentación Europea», ISBN 92-825-8887-4, con número de catálogo CB-PP-88-002-ES-C, con el título *Los contratos públicos en un espacio económico único*, Luxemburgo, 1988. El libro se refiere a: la apertura de los contratos públicos, una prioridad del mercado interior; procedimiento de adjudicación de los contratos públicos de suministro; innovaciones en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro a partir de 1 de enero de 1989; procedimiento de adjudicación de los contratos públicos de obras; medios de recurso en caso de no observancia de las normas comunitarias. Se añaden IX anexos sobre: contratos públicos de suministro; relación de las entidades consideradas poderes adjudicadores; relación de organismos «centrales» considerados poderes adjudicadores; modelo de anuncio de contrato de suministro; modelo de anuncio de contrato de suministro a partir del 1 de enero de 1989; relación de actividades objeto de contratos públicos de obras; relación de entidades consideradas poderes adjudicadores; modelo de anuncio de contrato de obras (direcciones útiles); lista de direcciones en las que puede adquirirse el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas» y lista de euroventanillas para empresas. Finalmente contiene una amplia referencia bibliográfica.

A partir de los años setenta, una serie de Directivas pretenden abrir los procedimientos nacionales de adjudicación de contratos a las empresas de otros Estados miembros. Antes de analizar la importante Sentencia del TJCE que anula determinadas disposiciones relativas a la contratación administrativa española por obstaculizar la apertura de dicha adjudicación pública a las empresas de otros Estados de la Unión Europea, expondremos en síntesis el contenido de las más importantes Directivas sobre la materia.

II. LAS DIRECTIVAS DEL CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE OBRAS, SUMINISTROS Y SERVICIOS

1. *La Directiva 71/304/CEE, de 26 de julio de 1971, relativa a la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos administrativos de obras y a la adjudicación de contratos administrativos de obras por medio de agencias o sucursales* («Diario Oficial de las Comunidades Europeas», núm. L 185, de 16-8-71)

En el primer Considerando de esta Directiva se recuerda que con arreglo a las Directivas 64/427/CEE y 64/429/CEE, de 7 de julio de 1964, las autoridades adjudicadoras no pueden imponer a las personas físicas o jurídicas de derecho privado a las que se adjudique un contrato ninguna discriminación por razón de la nacionalidad de los subcontratistas, y que las únicas restricciones admitidas provisionalmente se refieren a la participación en contratos administrativos de obras en forma de prestación de servicios o por medio de agencias o sucursales.

Por su parte, el quinto Considerando manifiesta que aunque en los contratos administrativos de obras es habitual la mención de las especificaciones técnicas, no deben contener ninguna cláusula que tenga un efecto discriminatorio.

Su artículo 1 dispone que los Estados miembros deberán suprimir las restricciones (4) que hacen referencia al acceso, la adjudicación, la ejecución o la participación en la ejecución de los contratos de obras por cuenta del Estado, de los entes territoriales y de las personas jurídicas de derecho público.

Con esta misma finalidad de eliminar restricciones, en el artículo 3 se establece que en particular los Estados miembros suprimirán: A) Las que impidan a los beneficiarios llevar a cabo sus prestaciones en iguales condiciones y con los mismos derechos que los nacionales, y entre ellas, en particular, las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas y las

(4) En favor de las personas físicas y de las sociedades mencionadas en cada uno de los Títulos I de los Programas Generales que actúen como prestadores de servicios o por mediación de agencias o de sucursales, en lo sucesivo denominadas beneficiarios (en general, quienes perteneciendo a la Unión Europea puedan asumir el *status* de contratista en cualquier Estado de la misma).

prácticas administrativas que impongan o permitan la aplicación de un trato discriminatorio a los beneficiarios por parte de las personas físicas o jurídicas con las que se haya celebrado un contrato por el que se les encomiende la ejecución o explotación de obras o la gestión de servicios públicos, mediante la concesión de derechos especiales o exclusivos para contratos que ellos puedan adjudicar a su vez a la hora de ejecutar dichas obras. B) (Las) que resulten de una práctica administrativa que tenga por efecto la aplicación a los beneficiarios de un trato discriminatorio en relación con el aplicado a los nacionales. C) (Las) que resulten de disposiciones o de prácticas que, aunque aplicables sin acepción de nacionalidad, obstaculicen exclusiva o principalmente la actividad profesional de los nacionales de los otros Estados miembros; entre las restricciones que han de eliminarse figuran, en particular, las especificaciones técnicas que tengan un efecto discriminatorio; no obstante, no se considerará que tienen dicho efecto cuando el objeto del contrato las justifique.

En el mismo artículo tercero, su párrafo 2 dispone que los Estados miembros se asegurarán en particular de: a) que la ejecución de obras en su territorio por parte de los beneficiarios pueda dar lugar a la concesión de las diversas formas de crédito, ayudas y subvenciones previstas a tal fin por las autoridades públicas en las mismas condiciones en que se conceden a los nacionales; b) que los beneficiarios disfruten sin restricción y, en cualquier caso, en las mismas condiciones que los nacionales de las posibilidades de abastecimiento cuyo control pueda ejercer el Estado y que les sean necesarias para ejecutar su contrato.

Las medidas necesarias para cumplir esta Directiva debieron adoptarse en el plazo de doce meses a partir del día de su notificación, informando de ello inmediatamente a la Comisión (art. 4).

2. *La Directiva 71/305/CEE, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras* («Diario Oficial de las Comunidades Europeas», núm. L 185, de 16 de agosto de 1971)

Surge en desarrollo del apartado 2 del artículo 57 y de los artículos 66 y 100 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. El apartado 2 del artículo 57 dispone al respecto que el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta a la Asamblea, adoptará antes de la expiración del período transitorio, directivas para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al acceso y ejercicio de las actividades no asalariadas. El artículo 66 dispone que lo establecido en los artículos 55 a 58 (relativos al Derecho de establecimiento, incluidas las actividades relacionadas con el ejercicio del poder público, y a la necesidad de coordinación de las normativas de los Estados miembros) será aplicable a las materias reguladas en el Capítulo III, referente a los Servicios. El artículo 100 insiste en la necesidad de

aproximación de las normativas nacionales que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común.

Considera el Consejo que la realización simultánea de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras efectuada en los Estados miembros por cuenta del Estado, de las colectividades territoriales y de entidades de derecho público, lleva consigo, paralelamente a la eliminación de las restricciones, una coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación de los contratos públicos de obras. Dicha coordinación debe respetar en la medida de lo posible los procedimientos y las prácticas en vigor en cada uno de los Estados miembros.

Los principios conforme a los que debe efectuarse la coordinación son los siguientes: prohibición de aquellas especificaciones técnicas que tengan un efecto discriminatorio, suficiente publicidad de los contratos, y elaboración de un procedimiento que permita velar en común por el cumplimiento de dichos principios.

Resalta la necesidad de asegurar la igualdad de trato tanto entre las empresas que dedican su actividad a un tipo de transporte como entre éstas y las que efectúan otras modalidades.

Excluye de su ámbito de aplicación los servicios de producción, distribución y transporte de agua y energía hasta que la experiencia adquirida permita una solución definitiva que evite sean sometidos para sus contratos públicos de obras a diferentes sistemas, según dependan del Estado, de las colectividades territoriales o de otras personas jurídicas de Derecho público.

Se establecen los casos excepcionales en los que no puedan ser aplicadas las medidas de coordinación de los procedimientos, y se dejan fuera de la competencia los contratos de obras inferiores a un millón de ecus, aunque posteriormente la Comisión someterá al Consejo una nueva Directiva dirigida a rebajar el límite a partir del cual se aplicarán las medidas de coordinación a los contratos de obras.

Para llegar a una competencia efectiva en el sector de los contratos de obras se hace preciso: 1.º una publicidad comunitaria de los anuncios de los contratos realizados por los adjudicatarios de los Estados miembros; 2.º que las informaciones contenidas en dichos anuncios permitan apreciar a los contratistas de la Comunidad si les interesan los contratos propuestos; 3.º que para conseguir la anterior finalidad, es necesario proporcionarles la necesaria información sobre las prestaciones a realizar y las condiciones a que están sujetas; 4.º que en los procedimientos restringidos, la publicidad tiene por objeto permitir a los contratistas de los Estados miembros el manifestar su interés por los contratos solicitando a los poderes adjudicadores una invitación para licitar en las condiciones requeridas, y 5.º que las informaciones complementarias relativas a los contratos deben figurar, como es usual en los Estados miembros, en el pliego de condiciones relativo a cada contrato, o en otro documento equivalente.

La Directiva agrupa sus 34 artículos en cinco títulos, que se refieren a:

disposiciones generales; normas comunes en el sector técnico; normas comunes de publicidad; normas comunes de participación; criterios de selección cualitativa (Cap. I del Tít. IV); criterios de adjudicación del contrato (Cap. II del Tít. IV), y disposiciones finales.

3. *La Directiva 77/62/CEE, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro («Diario Oficial de las Comunidades Europeas», núm. L 13, de 15 de enero de 1977)*

En sus Considerandos se recuerda que, conforme a los artículos 30 y siguientes del Tratado, están prohibidas las restricciones a la libre circulación de mercancías en el sector de suministros públicos, prohibición que se completa con la necesidad de coordinar los procedimientos en materia de contratos públicos de suministro con el fin de garantizar, mediante el establecimiento en todos los Estados miembros de idénticas condiciones de participación en estos contratos, una transparencia que permita controlar la observancia de dicha prohibición.

También se hace referencia a la resolución del Consejo de 21 de diciembre de 1976 y a la declaración de la Comisión de la misma fecha que autorizan el acceso a los contratos públicos de suministro de los productos originarios de países no miembros de la Comunidad.

Se hace observar que en materia de contratos públicos de obra la coordinación se ha realizado con arreglo a ciertos principios relativos a la prohibición de las especificaciones técnicas que tengan un efecto discriminatorio, a la publicidad comunitaria de los contratos, al establecimiento de criterios objetivos de participación y al establecimiento de un procedimiento que permita su control por parte de todos los Estados miembros. Principios que es necesario extender a los contratos públicos de suministro, mediante una ordenación que contemple su naturaleza específica.

Se menciona la necesidad de una publicidad comunitaria de los contratos realizados por los poderes adjudicadores de los Estados miembros para el adecuado desarrollo de una competencia real y efectiva en el sector de los contratos públicos. Se trata, en definitiva, de que las informaciones contenidas en los avisos permitan a los proveedores de la Comunidad apreciar si los contratos propuestos les interesan; a tal fin es conveniente proporcionarles los datos específicos de los productos que se hayan de suministrar.

En cuanto a los procedimientos restringidos, la publicidad tendrá por objetivo permitir que los suministradores de los Estados miembros manifiesten su interés en los contratos, solicitando de los poderes adjudicadores una invitación para licitar en las condiciones requeridas.

Se acuerda en lo relativo a las informaciones suplementarias en materia contractual la necesidad de recogerlas en el pliego de condiciones relativo a cada contrato o documento equivalente, y ello con carácter preceptivo para los Estados miembros.

Todos estos principios se plasman en 32 artículos, agrupados en cinco títulos: Disposiciones generales, Normas comunes en el ámbito técnico, Reglas comunes de publicidad, Normas comunes de participación (este Título con dos Capítulos dedicados a los Criterios de selección cualitativa y a los Criterios de adjudicación de los contratos) y Disposiciones finales, entre las que merece destacar el plazo de dieciocho meses para adecuarse a esta Directiva a partir de su notificación (art. 30), y la obligación de los Estados miembros de comunicar a la Comisión el texto de las normas básicas de Derecho interno, de orden legal, reglamentario y administrativo que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva (art. 31).

4. *La Directiva 80/767/CEE, de 22 de julio de 1980, que adapta y completa, en lo que concierne a determinados poderes adjudicadores, la Directiva 77/62/CEE sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro* («Diario Oficial de las Comunidades Europeas», núm. L 215, de 18 de agosto de 1980)

En ella se recogen las consecuencias jurídicas para la contratación pública en el ámbito comunitario con ocasión de acuerdos multilaterales que resultan de las negociaciones comerciales de 1973 a 1979, cuyo objetivo es establecer un marco internacional en materia de derechos y obligaciones equilibrados sobre la adjudicación de los contratos públicos con el fin de realizar una liberalización y una expansión del comercio mundial.

A tal efecto, el Consejo aprobó un Acuerdo («Diario Oficial de las Comunidades Europeas», núm. L 71, de 17 de marzo de 1980) cuyas disposiciones se aplicarán igualmente en las relaciones entre los Estados miembros, al tiempo que determinan el régimen aplicable a los licitadores y productos de terceros países signatarios.

En el quinto Considerando se hace observar que determinadas disposiciones del Acuerdo crean condiciones más favorables para las empresas licitadoras que las que están previstas por la Directiva 77/62/CEE, por lo que se considera necesario que las posibilidades de acceso a los contratos públicos en el interior de la Comunidad de las empresas y productos de los Estados miembros sean al menos tan favorables como para las empresas y productos de los países terceros signatarios del citado Acuerdo.

La Directiva que se resume deberá ser nuevamente examinada a la vista de la aplicación que se haga de ella y del Acuerdo por los Estados miembros, y de los resultados de las nuevas negociaciones previstas en el Acuerdo.

Destaca entre sus artículos el 6.º, que señala para los procedimientos abiertos de selección del contratista un plazo mínimo de cuarenta y dos días para la recepción de ofertas a partir de la fecha de envío del anuncio a los organismos competentes para su publicación. El mismo plazo se establece en los procedimientos restringidos para la recepción de solicitudes con el fin de ser invitado a licitar; el de recepción de ofertas no podrá ser inferior a treinta días a partir de la fecha de envío de la invitación escrita.

Los organismos competentes para la publicación, efectuarán ésta como máximo doce días después de la fecha de envío de los citados anuncios.

El artículo 7.º exige a los poderes adjudicadores de contratos públicos en los Estados miembros la aplicación de unas condiciones tan favorables entre ellos como las que reserven a los terceros países en aplicación del Acuerdo, en particular las referentes al procedimiento selectivo, a la información y al examen de ofertas.

En el artículo 8.º la Comisión aparece como el órgano de vigilancia del cumplimiento de esta Directiva en contacto con el Comité consultivo para contratos públicos, y presentará nuevas propuestas al Consejo dirigidas en particular a armonizar las medidas que tomen los Estados miembros para la aplicación de la Directiva. Las propuestas se harán en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de esta Directiva, y los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para cumplirla «a más tardar el 1 de enero de 1981».

5. *La Directiva 88/295/CEE, de 22 de marzo de 1988, por la que se modifica la Directiva 77/62/CEE relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y por la que se derogan determinadas disposiciones de la Directiva 80/767/CEE («Diario Oficial», núm. L 127, de 22 de marzo de 1988)*

Define lo que deba entenderse por contrato público de suministro, en el que se incluyen los de compra, arrendamiento financiero, alquiler y alquiler con opción a compra. Otro tanto ocurre con el término procedimiento abierto, que es el que permite a cualquier proveedor interesado presentar una oferta, a diferencia del procedimiento restringido, al que únicamente podrán licitar los proveedores invitados por el poder adjudicador. Respecto al procedimiento negociado, su matiz es que el poder adjudicador consulta a los proveedores elegidos, negociando después, con uno o varios, los términos del contrato.

La Directiva incluye los contratos adjudicados en el sector de la Defensa, a excepción de determinados productos. Quedan excluidos de su ámbito de aplicación los contratos celebrados con transportistas que efectúen transportes terrestres, aéreos, marítimos y fluviales, así como los que se refieran al transporte y la distribución de agua potable, y los que tengan como actividad principal la producción y distribución de energía o se desarrollen en el sector de las telecomunicaciones. La exclusión es extensiva a los suministros declarados secretos o cuya entrega deba ir acompañada de medidas especiales de seguridad o cuando lo exija la protección de los intereses fundamentales de seguridad de ese Estado.

Se determinan los límites mínimos por encima de los cuales se aplicará la normativa comunitaria (130.000 ecus o 200.000 ecus, según el nivel de autoridad de que se trate), así como las reglas utilizadas para calcular el valor de determinados contratos. El contravalor de las cantidades mínimas

en moneda nacional, así como la cantidad mínima fijada por el acuerdo del GATT expresada en ecus, serán revisados en principio cada dos años con efecto a partir del 1 de enero de 1988.

Se señalan las bases para el cálculo del valor estimado del contrato en el supuesto de contratos de arrendamiento financiero, alquiler o alquiler con opción a compra de productos; contratos renovables, por lotes separados o en los que se prevean opciones.

Será obligatorio para los poderes adjudicadores utilizar el procedimiento abierto para los contratos públicos de suministro. Las únicas excepciones se refieren a situaciones en las que resulte imposible mantener el equilibrio entre el valor del contrato y los costes del procedimiento de licitación o también por la naturaleza de los bienes que se han de suministrar, en cuyo caso se podrá utilizar el procedimiento restringido.

El procedimiento negociado será operativo cuando existan irregularidades en la presentación de las licitaciones o cuando éstas sean inaceptables con arreglo a las disposiciones nacionales que requieran la publicación previa del anuncio de licitación. En estos casos y en los procedimientos restringidos, los poderes adjudicadores deberán redactar un acta que justifique tal elección, con información detallada sobre el contrato.

Declara la obligación de incorporar las especificaciones técnicas que se definen en el Anexo II de la Directiva en la elaboración de documentos contractuales o de carácter general correspondientes a cada contrato. En caso de que no existan normas europeas o especificaciones técnicas comunes, las especificaciones técnicas podrán definirse por referencia a: las normas nacionales que incorporan las normas internacionales aceptadas en el país del poder adjudicador; las normas nacionales del país del poder adjudicador; cualquier otra norma apropiada.

Es requisito obligatorio para los poderes adjudicadores dar a conocer, por grupos de productos y mediante anuncio indicativo después del comienzo del ejercicio presupuestario, los contratos previstos en el transcurso de doce meses siguientes cuyo valor estimado sea igual o superior a 750.000 ecus. Obligatorio es también dar a conocer públicamente el resultado de la licitación, salvo que se pudiera obstaculizar la aplicación de la legislación, fuera contraria al interés público o perjudicara los intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre proveedores.

El plazo de recepción de solicitudes de participación en procedimientos restringidos y negociados con convocatoria previa de licitación no será inferior a treinta y siete días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación. En los procesos restringidos, el plazo de presentación de las ofertas no será inferior a cuarenta días a partir de la fecha de envío de la invitación escrita para licitar, y en los procedimientos abiertos no será inferior a cincuenta y dos días desde la fecha de expedición del anuncio. En casos urgentes, el plazo para las solicitudes de participación no será inferior a quince días desde la fecha en que se envió el anuncio de licitación, mientras que el plazo para presentar las ofertas no será menor de diez días a partir de la fecha de la invitación a licitar.

El plazo para la aplicación de esta normativa en España comenzó el día 1 de marzo de 1990 en lo que respecta a la modificación propuesta en la Directiva 88/295/CEE. Sin embargo, nuestro país, Grecia y Portugal están obligados a aplicar las Directivas 77/62/CEE y 80/767/CEE.

La Comisión ha presentado una propuesta de Directiva que, para mayor claridad, codifica las diferentes Directivas vigentes en la materia y armoniza las disposiciones relativas a los contratos públicos de obras y servicios («Diario Oficial», C 277, de 26 de octubre de 1992).

Finalmente, la Recomendación de la Comisión de 24 de octubre de 1991 establece que los poderes adjudicadores podrán utilizar a título facultativo, para la publicación de los contratos públicos en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas», modelos normalizados de anuncios de licitación.

6. *La Directiva 89/440/CEE, de 18 de julio de 1989, que modifica la Directiva 71/305/CEE, por la que se coordinan los procedimientos de celebración de contratos públicos de obras* («Diario Oficial», núm. L 210, de 21 de julio de 1989)

Amplía el ámbito de aplicación de la Directiva 71/305/CEE a fin de abarcar algunas nuevas formas de adjudicación de contratos, como los contratos de promoción y los contratos de gestión.

Define el concepto de «concesión de obras públicas», así como lo que sean procedimientos abiertos, restringidos y negociados en esta materia.

Obliga a los Estados miembros a cerciorarse de que los poderes adjudicadores que financien más del 50 por 100 de los contratos de obras concedidos por otras entidades cumplan las disposiciones que se establecen en la Directiva.

Recoge disposiciones relativas a la adjudicación de contratos de obras a terceros y al porcentaje mínimo del valor global de las obras que éstos destinan a la subcontratación.

Declara la obligación de los poderes adjudicadores de informar dentro de un plazo de quince días a cualquier candidato licitador que lo solicite sobre las razones por las que se ha rechazado su candidatura o su oferta. Exige a los poderes adjudicadores la presentación de un acta en la que conste, como mínimo, el nombre del poder adjudicador, de los candidatos o licitadores seleccionados y la justificación de su elección; de los candidatos o licitadores excluidos, las razones de su rechazo, y el nombre del adjudicatario con las razones de la elección de su oferta. Esta acta deberá ser entregada a la Comisión si así lo solicita.

Las disposiciones de esta Directiva se aplicarán a contratos de obras públicas cuyo importe, sin IVA, sea igual o superior a cinco millones de ecus.

Se reducen los supuestos de aplicación del procedimiento de común acuerdo, introduciendo un procedimiento negociado con un anuncio de li-

citación y la participación de tres candidatos como mínimo. Se limitan los casos en los que el poder adjudicador podrá utilizar el procedimiento negociado sin previa publicación de un anuncio de licitación.

Dispone que los poderes adjudicadores definirán las especificaciones técnicas en relación con las normas nacionales que incorporen normas europeas, con las autorizaciones técnicas europeas o con las especificaciones técnicas comunes. Los citados poderes deberán publicar información suficiente sobre el contrato una vez que haya sido adjudicado.

El plazo para la recepción de solicitudes de participación en procedimientos restringidos y negociados con anuncio previo de licitación no podrá ser inferior a treinta y siete días a partir de la fecha del envío del anuncio de licitación. En los procedimientos restringidos, el plazo para la recepción de propuestas no será inferior a cuarenta días a partir de la fecha en que se envió la convocatoria escrita de propuesta, y en los procedimientos abiertos no será inferior a cincuenta y dos días desde la fecha de expedición del anuncio. En casos urgentes, el plazo para la recepción de solicitudes de participación no será inferior a quince días desde la fecha de la convocatoria de propuesta, y el plazo de recepción de las ofertas, de diez días como mínimo a partir de la fecha de invitación a licitar.

Finalmente, esta Directiva dispone que los Estados miembros deberán enviar a la Comisión un informe y unas estadísticas relativos a los contratos adjudicados.

El plazo para la aplicación para Grecia, España y Portugal comenzó el 1 de marzo de 1992.

Con fecha de 9 de enero de 1992, la Comisión presentó una propuesta de Directiva del Consejo relativa a la coordinación de los procedimientos de celebración de contratos públicos de obras («Diario Oficial», C 46, de 20 de enero de 1992). Se trata de una codificación constitutiva de las directivas existentes en el ámbito de la coordinación de los procedimientos de celebración de contratos públicos de obras. Esta Directiva se limita a reagrupar actuaciones, introduciendo las modificaciones formales que requiere la propia operación de codificación. El 18 de junio de 1992, el Consejo adoptó una posición común sobre esta propuesta.

7. *La Directiva 89/665/CEE, 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 suministro y de obras*
(«Diario Oficial», núm. L 395, de 30 de diciembre de 1989)

La Directiva pretende garantizar la posibilidad de acceso a los procedimientos de recurso a toda persona que se interese o que se haya interesado por la obtención de un contrato público determinado y que corra el riesgo de ser perjudicado o lo haya sido, de hecho, por una infracción. Las deci-

siones que los poderes adjudicadores hayan tomado en infracción legal deberán ser objeto de recursos rápidos y eficaces. En todos los Estados miembros, los procedimientos de recurso deberán incluir la posibilidad de adoptar medidas provisionales (tales como la suspensión del procedimiento de adjudicación impugnado), la anulación de las decisiones ilegales y las especificaciones técnicas, económicas o financieras discriminatorias que figuren en la invitación a licitar, así como la indemnización de las personas perjudicadas por la infracción.

Por otra parte, se ha previsto un procedimiento especial que facultará a la Comisión, cuando ésta considere que se ha producido una infracción clara y manifiesta de las disposiciones comunitarias en materia de contratación pública, para notificar rápidamente sus argumentos al Estado miembro y al poder adjudicador correspondiente y solicitar la rectificación. El Estado miembro estará obligado a contestar en un plazo de veintidós días. Si a la Comisión no le satisface la respuesta del Estado miembro, podrá incoar los procedimientos de infracción del artículo 169 del Tratado y solicitará al Tribunal de Justicia que adopte, en su caso, medidas provisionales.

Esta Directiva completa otras en materia de contratación pública mediante la adopción de medidas específicas que permitirán garantizar su aplicación efectiva. Asimismo, dotará a las empresas de un nivel de garantías jurídicas idéntico en materia de recursos en todos los Estados miembros.

El plazo para la aplicación de esta normativa en los Estados miembros concluyó el 21 de diciembre de 1991.

8. *La Directiva 90/531/CEE, de 17 de septiembre de 1990, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones* («Diario Oficial», núm. L 297, de 29 de octubre de 1990)

Define determinados conceptos, en especial: «poderes públicos», «empresa pública», «contratos de suministros y obras», «procedimientos abiertos, restringidos y negociados», etc.

Entran dentro del ámbito de aplicación de esta Directiva las siguientes actividades: a) la puesta a disposición o la explotación de redes que presten un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución de agua potable, electricidad, gas o calefacción; b) la explotación del suelo para la extracción de petróleo, gas, carbón y otros combustibles sólidos y para suministros a aeropuertos, puertos marítimos e interiores y otras terminales de transporte; c) la explotación de las redes destinadas a prestar servicios de transporte por ferrocarril, tranvía, trolebús o autobús; d) la puesta a disposición de redes públicas de telecomunicaciones o el suministro de uno o más servicios públicos de telecomunicaciones.

Se aplica también a entidades privadas en el caso de que estén protegi-

das de la competencia gracias a derechos especiales o exclusivos o a autorizaciones previas concedidas por un Estado miembro que les permitan actuar en este campo.

Se determinan las situaciones en que no se aplicará la normativa que contiene, en particular los contratos cuya ejecución requiera medidas especiales de seguridad nacional.

Sí se aplicará a los contratos de suministros y servicios de *software* de telecomunicaciones de un valor libre del IVA de: a) 400.000 ecus, como mínimo, en el caso de los contratos de suministro relativos a las actividades descritas anteriormente en los apartados a), b) y c); b) 600.000 ecus, como mínimo, en el caso de los contratos de suministro relativos a las actividades contempladas en la letra d), descritas. También es de aplicación a los contratos de obras por un valor de cinco millones de ecus libres de IVA.

Se obliga a las entidades contratantes a definir las especificaciones técnicas en relación con las normas nacionales, aplicando normas europeas o especificaciones técnicas comunes, aunque con algunas excepciones. En ausencia de normas europeas o de especificaciones técnicas comunes, las especificaciones técnicas podrán definirse por referencia a otros textos, tales como las normas nacionales de aplicación de normas internacionales, las normas nacionales del país del órgano adjudicador u otras normas.

Las entidades contratantes podrán aplicar procedimientos abiertos restringidos o negociados para adjudicar los contratos, siempre que se haya publicado la licitación con arreglo a la Directiva. La entidad contratante puede elegir entre tres medios de convocatoria: la publicación en el «Diario Oficial», la utilización de una lista de proveedores autorizados que se anuncia en el «Diario Oficial» o el anuncio periódico si el contrato previsto corresponde, efectivamente, a las informaciones publicadas en este anuncio. Las entidades contratantes pueden recurrir al procedimiento negociado sin convocatoria previa de licitación en algunos casos definidos, como, por ejemplo, los contratos de suministro, obras o servicios relativos a *software* de telecomunicaciones, cuyo objeto sea únicamente la investigación y el desarrollo.

Se deberá publicar una vez al año un anuncio periódico de los contratos de suministros y obras superiores, respectivamente, a 750.000 ecus y 5 millones de ecus, que la entidad contratante se propone adjudicar en el año en curso. Este anuncio deberá publicarse, como máximo, doce meses antes de la convocatoria de licitación. También se publicarán en el «Diario Oficial» los resultados de la licitación. En algunos casos, no obstante, el contenido de estos anuncios puede ser limitado.

En los procedimientos abiertos, el plazo de recepción de ofertas no será inferior a cuarenta días a partir de la fecha de publicación del anuncio del contrato. En los procedimientos restringidos o limitados con convocatoria de la licitación, los plazos serán de tres semanas como máximo y de diez días como mínimo (a partir de la fecha de publicación del anuncio) para los anuncios de licitación publicados en el «Diario Oficial» y en los casos en que sea imposible llegar a un acuerdo sobre el plazo de recepción

de ofertas (este plazo pueden fijarlo de común acuerdo la entidad contratante y los candidatos seleccionados, siempre que todos los candidatos dispongan del mismo plazo para preparar y presentar las ofertas). Las solicitudes de participación en los contratos y las invitaciones para presentar una oferta podrán transmitirse por carta, telegrama, télex, telecopia o teléfono.

En el pliego de condiciones, la entidad contratante podrá pedir al contratista que indique en su oferta, si procede, la parte del contrato que se propone subcontratar a terceros. Los pliegos de condiciones y demás documentos complementarios serán enviados por las entidades contratantes a los proveedores dentro de los seis días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud.

La calificación y selección de proveedores se realiza con arreglo a criterios objetivos y no discriminatorios. Se prohíbe a las entidades contratantes imponer a determinados proveedores obligaciones que no se hayan exigido al resto de los proveedores y exigirles pruebas o comprobaciones suplementarias. Las entidades contratantes definirán y comunicarán a los proveedores interesados los criterios y las normas con arreglo a las que adoptarán su decisión.

El criterio de adjudicación de los contratos será el de los precios más bajos o el de la oferta económicamente más ventajosa.

El plazo para la aplicación de esta normativa en los Estados miembros terminó el 1 de julio de 1992. La fecha de entrada en vigor para España será el 1 de enero de 1996. El 12 de febrero de 1992, la Comisión publicó un texto codificado («Diario Oficial», C 34, de 12 de febrero de 1992) que integra las disposiciones de la propuesta de Directiva COM(91)347 final en esta Directiva (90/531/CEE). El texto codificado tiene por objeto facilitar la lectura y la comprensión de la propuesta de Directiva relativa a los contratos de servicios en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones.

El 21 de diciembre de 1992, el Consejo adoptó una posición común. En el marco del procedimiento de cooperación, ésta se encuentra actualmente sometida a examen del Parlamento Europeo en segunda lectura (la referencia del *Libro blanco* citado alude a la situación a 1 de enero de 1993). Esta *Propuesta de Directiva* del Consejo modifica la Directiva que se analiza (90/531/CEE) en lo relativo a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, energía, transportes y telecomunicaciones.

El objetivo de la propuesta es ampliar el ámbito de la Directiva citada para incluir disposiciones concretas para la cobertura de los contratos de servicios. Las modificaciones efectuadas a tal efecto se inspiran en gran medida en la Directiva sobre contratos de servicios adjudicados por la Administración pública (90/50/CEE), y sus aspectos más importantes a destacar son los siguientes: a) definición de lo que sea contrato de servicios; b) excepcionar de su aplicación a determinados servicios; c) diferenciar entre servicios «prioritarios», a los que se aplica la Directiva en su totalidad

(mantenimiento y reparación, servicios de informática, servicios de arquitectura e ingeniería, determinados servicios de transporte y telecomunicaciones), y servicios «no prioritarios», a los que se aplica un régimen de supervisión (hostelería, formación, servicios sociales, etc.); *d*) establecimiento de disposiciones en materia de «concurso de proyectos»; *e*) diseñar las características especiales de los contratos de investigación y de desarrollo; *f*) abrir la contratación a terceros países.

Se prevé también excepcionar, en determinadas condiciones, a los contratos de servicios que las entidades adjudicadoras celebren con sus filiales. Es preciso que la filial forme parte del mismo «grupo industrial», que se define en relación con las cuentas consolidadas de las dos empresas implicadas o, en su caso, por el concepto de influencia dominante. Por otra parte, es preciso que, en los últimos tres años, por lo menos el 80 por 100 del volumen de negocios de la filial, en la Comunidad y respecto al servicio de que se trate, proceda de operaciones con el grupo.

Los importes previstos a partir de los que se aplica la Directiva (propuesta) son también los estipulados para los contratos de servicios. Resultan excluidos de su ámbito de aplicación los contratos de servicios siguientes: los vinculados al traspaso de bienes inmuebles; los celebrados a efectos de reventa o arrendamiento; los reservados, en virtud de disposiciones nacionales, a una entidad adjudicadora; los celebrados entre una entidad adjudicadora y una filial, siempre que se reúnan los requisitos necesarios, y finalmente los contratos relacionados con determinadas operaciones financieras y determinados contratos de investigación y desarrollo.

Sí entran en su ámbito de aplicación los contratos de servicios cuyo valor previsto, excluido el IVA, sea el estipulado para los contratos de suministros.

Se establece un procedimiento distinto según se trate de servicios prioritarios (servicios de conservación y reparación, servicios de telecomunicaciones, etc.) o de otros servicios. (de hostelería y restauración, de transporte ferroviario, etc.).

No se requiere publicidad previa para los contratos de servicios de investigación y desarrollo, siempre que ello no perjudique la aplicación del procedimiento de licitación para contratos posteriores que tengan por objeto producir en serie el resultado de la investigación, del desarrollo o de la experimentación.

En los concursos de proyectos organizados dentro del marco de un procedimiento de adjudicación de contratos de suministro, de obras o de servicios, las entidades adjudicadoras deben respetar las normas de no discriminación y de organización de un jurado. Cuando los concursos sean objeto de un procedimiento separado, únicamente se exige publicidad y convocatoria a escala europea cuando el importe de los premios o de los pagos a los participantes sea superior a 600.000 ecus en el sector de telecomunicaciones o 400.000 ecus en los demás sectores.

Las entidades adjudicadoras deben considerar las ofertas presentadas por una persona jurídica siempre que dicha persona se ajuste a la normativa de su país de establecimiento.

Se podrán aceptar ofertas de prestación de servicios procedentes de terceros países a condición de que exista reciprocidad.

Esta propuesta de Directiva a fecha de 1 de enero de 1993 se encontraba sometida al examen del Parlamento Europeo en segunda lectura.

9. *La Directiva 92/13/CEE, de 25 de febrero de 1992, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre la aplicación de las normas comunitarias relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos de las entidades en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones («Diario Oficial», núm. L 76, de 23 de marzo de 1992)*

Su objetivo es garantizar unos procedimientos de recurso eficaces y rápidos en los procedimientos de contratación pública en los sectores denominados «excluidos».

Consta de cuatro elementos principales: *a)* adaptación de los procedimientos de recurso de la Directiva 89/665/CEE a la contratación de las autoridades públicas en los sectores excluidos; *b)* instauración de un procedimiento de certificación al que las entidades adjudicadoras podrán recurrir; *c)* creación de un mecanismo corrector que refuerce los medios de acción de la Comisión en casos de infracción clara y manifiesta; *d)* implantación de un procedimiento comunitario de conciliación.

La Directiva ofrece a los Estados miembros dos posibles vías de recurso, ya que pueden adoptar medidas que permitan: *a)* bien intervenir directamente en los procedimientos de adjudicación de contratos, mediante la suspensión o la anulación de determinadas decisiones; *b)* bien ejercer una influencia indirecta sobre las entidades adjudicadoras, imponiéndoles una multa. En ambos casos, el objetivo es corregir la infracción del Derecho y proteger los intereses afectados. Independientemente de la opción elegida, la Directiva prevé la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios.

El objeto del sistema de certificación es que las entidades adjudicadoras hagan examinar sus procedimientos y prácticas de adjudicación de contratos por personas externas e independientes a fin de comprobar que se ajustan al Derecho comunitario. Las entidades adjudicadoras pueden incluir la certificación de conformidad en los anuncios que publican en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas».

Cuando la Comisión considere que se ha producido una infracción clara y manifiesta de las disposiciones comunitarias en un procedimiento de adjudicación de contratos, podrá invocar el procedimiento denominado «mecanismo corrector».

La Directiva contiene un procedimiento de conciliación que permite solucionar de forma amistosa los litigios entre una persona interesada en la obtención de un contrato y una entidad adjudicadora. Este procedimiento es conducido, de acuerdo con las dos partes, por un conciliador

acreditado por la Comisión y dos conciliadores designados por las partes. Los conciliadores intentarán encontrar una solución para el litigio conforme al Derecho comunitario e informarán a la Comisión de los resultados de sus trabajos.

Para España, el plazo para la aplicación de esta normativa concluye el 30 de junio de 1995.

10. *La Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios* («Diario Oficial de las Comunidades Europeas», núm. L 209, de 24 de julio de 1992)

Surge por la necesidad de completar normativamente el mercado interior en lo que se refiere a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios.

Se integra en la programación de objetivos contenidos en el *Libro blanco* sobre la realización del mercado interior con la finalidad de llevar a cabo la liberalización del mercado de contratos públicos, incluido el sector de los servicios, en la medida en que no esté comprendido en la Directiva 71/305/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, ni en la Directiva 77/62/CEE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro.

Esta Directiva, que deberá ser aplicada por todos los poderes adjudicadores, pretende evitar las trabas a la libre circulación de servicios, adoptando una nomenclatura común y comprendiendo sólo a las prestaciones de servicios bajo contrato público.

Se excluyen de su regulación los contratos de servicios de investigación y desarrollo, los contratos relativos a la adquisición o arrendamiento de bienes inmuebles, los de determinados servicios audiovisuales en el sector de la radiodifusión, los servicios de arbitraje y conciliación, los contratos relativos a la emisión, a la compra, a la venta o a la transmisión de títulos o de otros instrumentos financieros, y los servicios prestados por los bancos centrales.

Se aplican las mismas excepciones de las dos Directivas citadas anteriormente en lo que se refiere a la seguridad del Estado o al carácter secreto de algunos servicios o incluso a la prioridad de otras normas de adjudicación como las derivadas de acuerdos internacionales. Lo mismo ocurre con los contratos en los cuales no exista más que una única fuente de suministro y con los contratos de un valor inferior a un determinado nivel, que se equipara al establecido en los contratos de suministro.

Se recoge la posibilidad, admitida en los ordenamientos europeos en los que tiene cabida la figura del contrato administrativo, de que los contratos públicos de servicios puedan incluir contratos públicos de obra en determinados casos. Se matiza que siempre que dichas obras sean acceso-

rias y no constituyan el objeto del contrato, no pueden justificar la clasificación del contrato como contrato público de obra.

Con el deseo de eliminar prácticas restrictivas de la competencia en general y para asegurar la participación de los nacionales de otros Estados miembros, la Directiva considera necesario mejorar el acceso de los prestadores de servicios a los procedimientos de adjudicación de contratos.

Transitoriamente, la aplicación plena de esta Directiva se va a limitar a los contratos de servicios que permitan el pleno desarrollo del potencial de crecimiento del comercio transfronterizo. Por lo que se refiere a otros contratos de servicios, es preciso su supervisión durante un determinado período de tiempo antes de decidir la plenitud aplicativa de esta norma comunitaria, para lo que resulta conveniente definir el mecanismo de supervisión que deberá proporcionar a los interesados el acceso a la información pertinente.

Se considera que las normas de adjudicación de contratos públicos de servicios deben ser lo más parecidas a las que rigen los contratos de suministro y de obra con las adaptaciones precisas que tomen en consideración las características propias de la adjudicación de contratos de servicios; como las relativas a la elección del procedimiento negociado (art. 1, párrafo f: «aquellos procedimientos nacionales en que las entidades adjudicadoras celebren consultas con prestadores de servicios de su elección y negocien con uno o más de ellos las condiciones del contrato», a utilizar, tras su anuncio, en los casos en que el servicio no pueda especificarse con suficiente precisión), el concurso de proyectos, las variantes, la forma jurídica bajo la que operan los prestadores de servicios, la reserva de determinadas actividades a ciertas profesiones y las cuestiones de registro y control de calidad.

La aplicación de la presente Directiva deberá revisarse a más tardar tres años después de la fecha de entrada en vigor de las normas nacionales de adjudicación de contratos.

Con 45 artículos, distribuidos en siete títulos, trata las siguientes materias: disposiciones generales, el doble régimen de aplicación, elección del procedimiento de adjudicación y normas relativas a los concursos de proyectos, normas comunes en el sector técnico, normas comunes de publicidad, normas comunes de participación (Capítulo 1 del Título VI), criterios de selección cualitativa (Cap. 2, Tít. VI), criterios de adjudicación del contrato (Cap. 3, Tít. VI) y disposiciones finales.

11. *La Directiva 93/36/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro* («Diario Oficial de las Comunidades Europeas», núm. L 199, de 9 de agosto de 1993)

En su primer Considerando se hace alusión a las diversas modificaciones sufridas por la —citada anteriormente— Directiva 77/62/CEE y a la

conveniencia, en aras de una mayor claridad, de introducir nuevas modificaciones para refundir dicha Directiva.

Con el deseo de crear un cuerpo único y coherente de normas sobre *contratación pública* se alinea esta nueva Directiva con las disposiciones sobre contratación pública contenidas en la Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993 (a citar posteriormente), relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, y con la Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992 (ya citada), que se refiere a la coordinación de procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios.

Dicha alineación consiste en contener la definición funcional del poder adjudicador, regular el procedimiento abierto y restringido, fijar los criterios para rechazar candidatos o licitadores, determinar las modalidades de elaboración de los informes sobre los procedimientos de adjudicación, disponer las normas técnicas comunes, indicar los criterios a seguir en cuanto a la publicación y participación, así como los de adjudicación, e introducir el procedimiento del Comité consultivo.

Se pretende asimismo efectuar algunos cambios en la redacción para mejorar la claridad de las disposiciones vigentes.

Se considera que la realización de la libertad de circulación de productos en relación con los contratos públicos de suministro adjudicados en los Estados miembros por parte del Estado, de los entes territoriales y de los organismos de Derecho público, lleva consigo una coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación de contratos públicos de suministro paralela a la eliminación de las restricciones. Coordinación que debe respetar, en la medida de lo posible, los procedimientos y las prácticas en vigor en cada uno de los Estados miembros.

Se subraya que la Comunidad es parte del acuerdo sobre compras del sector público denominado GATT; por ello, en el Anexo I de esta Directiva se establece la lista de poderes adjudicadores sujetos a dicho acuerdo con la actualización que requiere la conformidad con las modificaciones presentadas por los Estados miembros.

Se excluyen de su aplicación determinados contratos de suministro en los sectores del agua, la energía, el transporte y las telecomunicaciones regulados en la Directiva 90/531/CEE (citada anteriormente).

Aunque se aplica el umbral fijado para los contratos de suministro en el Acuerdo del GATT, los contratos de suministro inferiores a 200.000 ecus pueden quedar al margen de la competencia, tal y como se organiza en la presente Directiva, y no se les aplicarán las medidas de coordinación.

Se destaca la necesidad de prever los casos excepcionales en los que no puedan ser aplicadas las medidas de coordinación de procedimientos, limitando dichos casos expresamente.

El procedimiento negociado se califica como excepcional y sólo se aplicará en los casos taxativamente enumerados.

En el ámbito técnico se establecen reglas comunes que tengan en cuenta la política comunitaria en materia de normalización y de estandarización.

Para el desarrollo de una competencia efectiva en el sector de los contratos de suministro se requiere que los anuncios de los contratos preparados por los poderes adjudicadores de los Estados miembros sean publicados en toda la Comunidad; que las informaciones contenidas en dichos anuncios deben permitir a los proveedores apreciar si les interesan los contratos propuestos; que, a tal fin, es conveniente proporcionarles la necesaria información sobre los suministros que deban realizarse y las condiciones del suministro; que, especialmente en los procedimientos restringidos, la publicidad tiene por objeto permitir a los proveedores de los Estados miembros manifestar su interés por los contratos, solicitando a los poderes adjudicadores una invitación para licitar en las condiciones requeridas.

La información adicional sobre los contratos deberá figurar, como es usual en los Estados miembros, en el pliego de condiciones relativo a cada contrato o en un documento equivalente.

Se establecen reglas comunes de participación en los contratos públicos de suministro, que deben incluir criterios de selección cualitativa y los criterios de adjudicación de los contratos.

Se permitirá que determinadas condiciones técnicas relativas a los dictámenes e informes estadísticos exigidos por la presente Directiva puedan adaptarse en función de la evolución de las necesidades técnicas.

En el Anexo II se recoge la nomenclatura que la Comunidad podrá, si fuese necesario, revisar o sustituir, por lo que será necesario adoptar disposiciones que permitan adaptar las referencias hechas a la nomenclatura.

En el Anexo V se recogen los plazos para la aplicación de las medidas de trasposición de una serie de Directivas que no se verán afectados por esta Directiva.

Sus 35 artículos se agrupan en cinco títulos, que se refieren a: disposiciones generales; reglas comunes en el ámbito técnico; normas comunes de publicidad; normas comunes de participación (Cap. I del Tít. IV); criterios de selección cualitativa (Cap. II del Tít. IV); criterios para la adjudicación de contratos (Cap. III del Tít. IV), y disposiciones finales (Tít. V).

12. *La Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras* («Diario Oficial de las Comunidades Europeas», núm. L 199, de 9 de agosto de 1993)

Surge por la necesidad de codificar, para mayor racionalidad y claridad, la Directiva 71/305/CEE, de 26 de julio de 1971 (ya citada), que había sido modificada de forma sustancial en varias ocasiones, y para coordinar los procedimientos nacionales de adjudicación de los contratos públicos de obras que aseguren la libertad de establecimiento y de prestación de servicios en este tipo de negocios jurídicos.

Como en la anterior Directiva se respetan, en lo posible, los procedi-

mientos y las prácticas en vigor en cada uno de los Estados miembros, excluyendo algunos contratos de obras adjudicados en los sectores del agua, energía, transportes y telecomunicaciones que se regulan en la Directiva 90/531/CEE.

Por la importancia creciente de la concesión de obras públicas y su naturaleza específica, se considera conveniente incluir en la presente Directiva normas relativas a su publicidad.

Quedarán fuera de la competencia, tal y como queda regulada en esta Directiva, los contratos inferiores a cinco millones de ecus a los que no se les aplicarán las medidas de coordinación.

Se reitera (como en la anterior Directiva) la necesidad de limitar los casos en los que se aplicarán las medidas de coordinación, así como los casos en que se aplicará el procedimiento negociado.

Para asegurar la política comunitaria en materia de normalización y de estandarización se establecen reglas comunes en el ámbito técnico.

Se recogen las mismas medidas respecto al desarrollo de una competencia efectiva que las establecidas en la Directiva 93/36/CEE, así como en lo relativo a las informaciones complementarias en el pliego de condiciones de cada contrato y en cuanto a las reglas comunes de participación en los contratos públicos de obras.

Se permitirá que determinadas condiciones técnicas relativas a los anuncios y a los informes estadísticos exigidos por la presente Directiva puedan ser adaptadas en función de la evolución de las necesidades técnicas.

En el Anexo II se hace referencia a la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), que la propia Comunidad podrá revisar, recordando la necesidad de adoptar las disposiciones que permitan adaptar las referencias hechas en dicho Anexo II a la nomenclatura NACE.

Tampoco esta Directiva afectará a las obligaciones de los Estados miembros en cuanto a los plazos de transposición y aplicación que se indican en su Anexo VII respecto a las Directivas allí enumeradas.

Contiene 37 artículos agrupados en cinco títulos, referidos también a: disposiciones generales; reglas comunes en el ámbito técnico; reglas comunes de publicidad; reglas comunes de participación (Cap. I del Tít. IV); criterios de selección cualitativa (Cap. II del Tít. IV); criterios de adjudicación del contrato (Cap. III del Tít. IV); disposiciones finales (Tít. V).

13. *La Directiva 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones* («Diario Oficial de las Comunidades Europeas», núm. L 199, de 9 de agosto de 1993)

Surge con la finalidad de adoptar las medidas destinadas a establecer el mercado interior y de conformidad con los artículos 30 y 59 del Tratado,

que prohíben las restricciones a la libre circulación de mercancías y a la libre prestación de servicios respecto de los contratos de suministro y servicios en los sectores del agua, energía, transportes y telecomunicaciones.

Recuerda que el artículo 97 del Tratado Euratom prohíbe las restricciones, por motivos de nacionalidad, a las sociedades sometidas a la jurisdicción de un Estado miembro que deseen participar en la construcción, dentro de la Comunidad, de instalaciones nucleares de carácter científico o industrial o prestar servicios relacionados.

Para cumplir estos objetivos será necesario coordinar los procedimientos de adjudicación de contratos aplicados por las entidades que operan en estos sectores y, por ello, el *Libro blanco* sobre la realización del mercado interior contiene un programa de acción y un calendario para realizar la apertura de la contratación pública en aquellos sectores que están excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas 71/305/CEE y 77/62/CEE.

El citado *Libro blanco* persigue también la apertura de la contratación pública de servicios de sectores excluidos por las dos Directivas citadas (como es el caso del agua, energía, transportes y telecomunicaciones), aunque el principal motivo de esa exclusión consistía en que las entidades que prestan dichos servicios son, en algunos casos, de derecho público y, en otros, de derecho privado. Por ello es necesario que dichas entidades se definan con independencia de su régimen jurídico en los cuatro sectores citados.

Se observa que uno de los principales motivos por los que las entidades que operan en estos sectores no efectúan convocatorias de licitación a escala europea, es el carácter cerrado de los mercados en los que actúan, debido a la concesión por las autoridades nacionales de derechos especiales o exclusivos para el suministro, la puesta a disposición o la explotación de redes para la prestación de servicios, la explotación de una zona geográfica dada con un fin determinado y la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de telecomunicaciones o la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

Se añade como otro de los motivos para la falta de competencia comunitaria en estos sectores el hecho de que las autoridades nacionales pueden influir en el comportamiento de estas entidades, en particular mediante la participación de su capital y la representación en sus órganos de administración, gestión o supervisión.

Esta Directiva no se debe aplicar a las actividades de estas entidades que quedan fuera de los sectores del agua, energía, transportes y telecomunicaciones, o que aun estando en estos sectores se hallan directamente expuestas a la competencia en mercados cuyo acceso no está limitado.

Se considera conveniente que estas entidades apliquen disposiciones comunes de adjudicación de contratos para sus actividades relativas al agua. Sin embargo, las Directivas 71/305/CEE y 77/62/CEE se referían a determinadas entidades por sus actividades en el sector de los proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación, drenaje de tierras y evacuación y tratamiento de aguas residuales, normativa que resulta inadecuada para la

compra de agua, habida cuenta de la necesidad de abastecerse en fuentes próximas al lugar de utilización.

Se habilita un régimen alternativo para los supuestos de explotación de una zona geográfica con vistas a la prospección o extracción de petróleo, gas, carbón u otros combustibles sólidos, que permita alcanzar el mismo objetivo de apertura de mercados. La Comisión garantizará el control del cumplimiento de tales condiciones por parte de los Estados miembros que apliquen dicho régimen alternativo. No se considera conveniente incluir las compras de energía y combustibles en el sector energético en el ámbito de aplicación de esta Directiva, situación que será examinada de nuevo por el Consejo sobre la base de un informe y propuestas de la Comisión. Tampoco se incluyen en su ámbito a las entidades que prestan servicios de transporte aéreo al público hasta que la situación se examine de nuevo a la luz de los progresos alcanzados en materia de competencia.

Sí estarán incluidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 71/305/CEE y 77/62/CEE los servicios de transbordadores costeros o fluviales explotados por los poderes públicos, habida cuenta de la competencia existente en los transportes marítimos comunitarios, en los que se potenciará la vigilancia.

La Directiva pretende asimismo: facilitar el respeto de las disposiciones relativas a las actividades no cubiertas por la presente Directiva; que las normas sobre adjudicación de servicios sean lo más parecidas a las que regulan los contratos de suministro y de obras, y que los prestadores de servicios puedan ser personas físicas o jurídicas sin afectar a los reglamentos estatutarios profesionales, siempre que sean compatibles con el Derecho comunitario.

Subraya la conveniencia de dividir el sector de los servicios en categorías que correspondan a partidas determinadas de una nomenclatura común: la recogida en los Anexos XVI.A y XVI.B de esta Directiva referida a la nomenclatura CPC (Clasificación Común de los Productos) de las Naciones Unidas, aunque en el futuro se pueda sustituir por una nomenclatura comunitaria.

Se excluyen también de su ámbito de aplicación: las prestaciones de servicios sobre bases diferentes a las contractuales, ya sean disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o contratos laborales; la contratación de servicios de investigación y desarrollo distintos de aquellos cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente a la entidad adjudicadora para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, siempre que la entidad adjudicadora remunere totalmente la prestación del servicio; los contratos relativos a la adquisición o arrendamiento de bienes inmuebles; los servicios de arbitraje y conciliación, ya que son prestados por personas u organismos nombrados o seleccionados mediante un procedimiento que no puede regirse por las normas de adjudicación de contratos; los contratos relativos a la emisión, a la compra, a la venta o a la transmisión de títulos o de otros instrumentos financieros; los contratos que se consideren secretos o cuando puedan perjudicar a los intereses esenciales de la seguridad

del Estado o cuando se celebren conforme a otras normas derivadas de acuerdos internacionales vigentes o establecidas por organizaciones internacionales; los contratos para los que existe una fuente única de suministro designada; las obligaciones internacionales actuales de la Comunidad o de los Estados miembros; los contratos celebrados con una empresa asociada cuya actividad principal en materia de servicios sea prestar los servicios al grupo a que pertenece dicha empresa, y no comercializar dichos servicios en el mercado.

La aplicación plena de esta Directiva, durante un período transitorio, debe limitarse a aquellos contratos de servicios respecto a los cuales las disposiciones de la misma permitan el pleno desarrollo del potencial de crecimiento del comercio transfronterizo. Los contratos de otros servicios deben ser supervisados durante un período antes de la plena aplicación. El mecanismo de supervisión se establece en esta Directiva, permitiendo a los interesados el acceso a la información pertinente.

Cuando sea necesario acreditar una determinada titulación para poder participar en un procedimiento de adjudicación o en un concurso de proyectos, deberán aplicarse las normas comunitarias sobre reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otras formas de acreditación de titulaciones.

Los productos, obras o servicios deben describirse con referencia a las especificaciones europeas, aunque podrá completarse por otras que no deberán modificar las características de las soluciones técnicas ofrecidas por la normativa europea.

Son aplicables en el ámbito de esta Directiva los principios de equivalencia y reconocimiento mutuo de las normas, especificaciones técnicas y métodos de fabricación nacionales.

Las empresas de la Comunidad deberán tener acceso a la adjudicación de contratos de servicios en países terceros, y si se producen restricciones a dicho acceso la Comunidad pondrá remedio a la situación.

En los plazos de recepción de ofertas acordados entre las entidades contratantes y los candidatos se respetará el principio de no discriminación.

Se considera útil mejorar la transparencia en el campo de las obligaciones relativas a la protección y a las condiciones de trabajo vigentes en el Estado miembro en el que vayan a ejecutarse las obras. Se respetarán los objetivos de la Comunidad y los principios del Tratado en las disposiciones nacionales relativas a la adjudicación de contratos públicos en favor del desarrollo regional.

En los casos de bajas temerarias las entidades contratantes no rechazarán las ofertas hasta que hayan recibido explicaciones por escrito.

Se consagra el principio de dar preferencia, dentro de ciertos límites, a una oferta de origen comunitario sobre cualquier otra equivalente procedente de un país tercero.

La Directiva no deberá perjudicar la posición de la Comunidad en negociaciones internacionales presentes o futuras, y si como resultado de

ellas lo decidiera el Consejo, se concederán sus beneficios a ofertas no comunitarias.

Se aboga porque las entidades correspondientes creen un marco legal y flexible para las prácticas comerciales, en lo que influirá un nivel mínimo de transparencia y métodos adecuados en la vigilancia de la aplicación de esta Directiva.

Se estima necesario adaptar las Directivas 71/305/CEE y 77/62/CEE para establecer ámbitos de aplicación bien definidos, y examinar de nuevo esta Directiva a la luz de la experiencia adquirida.

Finalmente, para evitar que la apertura de los contratos, el 1 de enero de 1993, en los sectores que entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva puedan tener efectos negativos en la economía del Reino de España, en la República Helénica y en la República Portuguesa se les conceden períodos suplementarios adecuados para la aplicación de la misma (para España el plazo se extiende al 1 de enero de 1997).

Con 48 artículos agrupados en seis títulos, se refiere a: disposiciones generales; doble régimen de aplicación; especificaciones técnicas y normas; procedimiento de adjudicación de contratos; clasificación, selección y adjudicación, y disposiciones finales.

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1993

La Comisión de las Comunidades Europeas planteó un recurso ante el TJCEE contra el Reino de España con el objeto de que se declare que al mantener en vigor ciertas disposiciones que constituyen una exclusión del campo de aplicación de la legislación sobre contratación pública, otras normas que permiten una contratación directa, algunas relativas a participación y criterios de selección cualitativa, y determinadas normas técnicas, así como las que fijan criterios de atribución, el citado Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 30 y 59 del Tratado CEE (5), y de las Directivas 71/305/CEE del Consejo de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, y 77/62/CEE del Consejo de 21

(5) El artículo 30 de dicho Tratado de 25 de marzo de 1957 dispone: «Sin perjuicio de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente.» Por su parte, el artículo 59 del mismo Tratado establece que: «En el marco de las disposiciones siguientes, las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad serán progresivamente suprimidas, durante el período transitorio, para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación.

»El Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, podrá extender el beneficio de las disposiciones del presente Capítulo a los prestadores de Servicios que sean nacionales de un tercer Estado y se hallen establecidos dentro de la Comunidad.» (Este párrafo ha sido redactado conforme a lo dispuesto en el artículo 16.3 del Acta Unica Europea.)

de diciembre de 1976, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro.

En su Sentencia el Tribunal de Justicia decide:

Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas 71/305/CEE del Consejo de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, y 77/62/CEE del Consejo de 21 de diciembre de 1976, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro:

1. Al mantener en vigor ciertas disposiciones que constituyen una exclusión del campo de aplicación de la legislación nacional sobre contratación pública, a saber, los números 3 y 8 del artículo 2 de la *Ley de Contratos del Estado*, así como los números 3 y 8 del *Reglamento General de Contratación del Estado*.

2. Al mantener en vigor ciertas disposiciones que permiten la contratación directa, a saber, los números 1, 2, 7 y 8 del párrafo primero del artículo 37 y los números 1, 2 y 5 del párrafo cuarto del artículo 87 de la *Ley de Contratos del Estado*, así como los artículos 117 y 247 del *Reglamento General de Contratación del Estado* y el artículo 120 del *Texto Refundido de Régimen Local*.

3. Al mantener en vigor ciertas disposiciones relativas a las normas de participación y criterios de selección cualitativa, a saber, los números 1 y 3 del párrafo primero del artículo 25, el párrafo quinto del artículo 284, el párrafo segundo del artículo 312, el número 5 del párrafo tercero del artículo 320 y el artículo 341 del *Reglamento General de Contratación del Estado*.

4. Al mantener en vigor ciertas disposiciones sobre normas técnicas, a saber, el artículo 244 del *Reglamento General de Contratación del Estado*.

Considerandos del Tribunal:

1. *Sobre el número 3 del artículo 2 de la LCE y el número 3 del artículo 2 del RGCE*

El artículo 2 de la LCE deja fuera de su ámbito una serie de contratos y negocios jurídicos de la Administración, entre ellos los contenidos en su apartado 3.º, referido a: «Las operaciones que celebre la Administración con los particulares sobre bienes o derechos cuyo tráfico resulte mediatisado en virtud de disposiciones legales, o sobre productos intervenidos, estancados o prohibidos.» El apartado 3.º del artículo 2 del RGCE reitera la misma exclusión con la misma redacción.

El Tribunal considera fundados los motivos de nulidad que aduce la Comisión cuando estima que los citados apartados infringen la Directiva 77/62 de la LCE por partida doble: por una parte, dichas disposiciones son tan generales y su redacción tan poco clara, que crean una inseguridad ju-

rídica y no responden a la exigencia de una adaptación correcta del Derecho interno a lo dispuesto en la Directiva; por otra parte, dichas disposiciones excluyen del ámbito de aplicación de la Directiva contratos públicos de suministro, cuya exclusión no está autorizada por esta última.

Para el TJCEE, las únicas excepciones permitidas a la aplicación de la Directiva 77/62 son las mencionadas taxativa y expresamente en la misma. Además, como subraya la Comisión, ninguna de esas excepciones autorizadas por la Directiva ha sido definida por referencia al tipo o régimen jurídico del producto de que se trata, a diferencia de las disposiciones cuestionadas de la normativa española.

No se adaptado de forma correcta el Derecho nacional a la Directiva 77/62, pues sin citar *Leyes precisas el Gobierno español ha alegado que están excluidos de la aplicación de la normativa sobre contratación pública*, en virtud de las disposiciones controvertidas, los contratos relativos a productos tales como medicamentos, sellos de correos, efectos timbrados, tabaco, energía y gas, contratos que no están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, sino que siguen estando sujetos a las disposiciones de su artículo 7, relativo a las normas comunes en los aspectos técnicos.

2. *Sobre el número 8 del artículo 2 de la LCE y el número 8 del artículo 2 del RGCE*

Esta disposición legal deja fuera de la legislación de contratos administrativos a «los exceptuados expresamente por una Ley» (en los mismos términos el RGCE), lo que a juicio de la Comisión constituye otra exclusión de carácter general contraria tanto a la Directiva 71/305 como a la Directiva 77/62.

El Gobierno español alega que se trata de meras normas de remisión que, por sí solas, no son contrarias al Derecho comunitario. Tal alegación es rechazada por el Tribunal porque las únicas excepciones permitidas a la aplicación de la Directiva 77/62 son las mencionadas taxativa y expresamente en la misma.

El Tribunal recuerda la reiterada jurisprudencia (en particular la S. de 28 de febrero de 1991, Comisión/Alemania, C131/88, Rec. p. I-825, apartado 6) cuando afirma que la adaptación del Derecho interno a una Directiva no exige necesariamente una reproducción formal y textual de sus disposiciones en una disposición legal expresa y específica y puede ser suficiente, en función de su contenido, un contexto jurídico general, siempre que este último garantice efectivamente la plena aplicación de la Directiva de una manera suficientemente clara y precisa, para que, si la Directiva tiene como fin crear derechos en favor de los particulares, los beneficiarios estén en condiciones de conocer todos sus derechos y ejercerlos, en su caso, ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Dichas exigencias de claridad y precisión se imponen con más rigor si cabe cuando se trata, como en el presente caso, de la adaptación del Derecho nacional a excepciones o exclusiones al régimen establecido por una Directiva.

A ello añade el TJ que todas las excepciones enumeradas taxativa y expresamente por las Directivas 71/305 y 77/62 han sido recogidas en disposiciones expresas y específicas de la LCE o del RGCE. Por consiguiente, el hecho de prever que otras Leyes puedan introducir otras excepciones puede crear una situación jurídica ambigua que impida a las personas interesadas conocer sus derechos y obligaciones de forma inequívoca (véase, en particular, la S. de 6 de mayo de 1980, Comisión/Bélgica, 102/79, Rec. p. 1473, apartado 11).

3. *Sobre los números 1, 2, 7 y 8 del párrafo primero del artículo 37 y los números 1, 2 y 5 del párrafo cuarto del artículo 87 de la LCE, los artículos 117 y 247 del RGCE y el artículo 120 del Texto Refundido del Régimen Local*

La Comisión estima que todas estas disposiciones que autorizan la contratación directa infringen el artículo 9 de la Directiva 71/305 y el artículo 6 de la Directiva 77/62, puesto que los casos a que se refieren las mismas no corresponden, o no corresponden exactamente, a los recogidos en las citadas disposiciones de las dos Directivas.

El Tribunal destaca que las disposiciones del artículo 9 de la Directiva 71/305 y del artículo 6 de la Directiva 77/62, 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 obras y de suministro, deben ser interpretadas estrictamente (véase la S. de 10 de marzo de 1987, Comisión/Italia, 199/85, Rec. p. 1039, apartado 14). Por los mismos motivos, las disposiciones que precisan en qué casos cabe la contratación directa deben considerarse exhaustivas.

En consecuencia, la normativa española permite la contratación directa en casos que no están previstos por las Directivas o subordina la utilización de la contratación directa a requisitos menos estrictos que los derivados de las disposiciones correspondientes de las Directivas.

4. *Sobre los números 1 y 3 del párrafo primero del artículo 25 del RGCE*

El artículo 25 RGCE dispone en su párrafo primero que «la personalidad de las empresas se acreditará ante la Administración del siguiente modo:

»1. Si la empresa fuese persona jurídica mediante la presentación de la escritura de constitución o modificación, debidamente inscrita, en su caso, en el Registro Mercantil».

»3. Las empresas extranjeras presentarán sus documentos constitutivos traducidos de forma oficial al castellano o, en su caso, a la lengua de la respectiva Comunidad Autónoma, en cuyo territorio tenga su sede el órgano de contratación, así como un despacho expedido por la Embajada de

España en el país respectivo donde se certifique que, conforme a su legislación, tiene capacidad para contratar y obligarse.»

Sobre estas exigencias la Comisión alega que no están previstas en la Directiva 71/305 ni en la Directiva 77/62 y no pueden justificar, por consiguiente, la exclusión de los licitadores que no las cumplen. El Tribunal considera que estas disposiciones establecen ciertos medios de prueba de la capacidad jurídica de los licitadores; a este respecto el TJ recuerda que ya declaró en su S. de 10 de febrero de 1982 (Transporoute, 76/81, Rec. p. 417, apartado 9) que la Directiva 71/305 no autoriza a los Estados miembros a solicitar otras referencias que las recogidas expresamente en la Directiva, excepto en el contexto de la apreciación de la capacidad financiera y económica de las empresas a que se refiere el artículo 25 de la Directiva.

En consecuencia, las pruebas documentales previstas al respecto en los números 1 y 3 del párrafo primero del artículo 25 del RGCE no tienen por objeto acreditar la capacidad financiera y económica de las empresas y, por otra parte, no figuran entre aquellas cuya presentación puede exigirse con arreglo a las demás disposiciones aplicables de las dos Directivas.

5. *Sobre el párrafo quinto del artículo 284 del RGCE*

Esta disposición establece que: «Para que los empresarios no españoles de Estados miembros de la Comunidad Económica Europea puedan acogerse a lo dispuesto en el párrafo tercero de este artículo, será necesario que justifiquen mediante certificación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, no hallarse clasificados, ni con calificación suspendida o anulada.» El citado párrafo tercero considera que será suficiente que acrediten ante el órgano de contratación correspondiente su capacidad financiera, económica y técnica..., así como su inscripción en un Registro profesional en las condiciones previstas por la legislación del país donde estén establecidas.

La Comisión estima que al exigir a los contratistas de los demás Estados miembros que quieran probar su capacidad por otros medios diferentes a los previstos en el apartado 1 del artículo 28 de la Directiva 71/305 es contrario a la misma y al artículo 59 del Tratado, porque impone una carga administrativa a los contratistas afectados que priva de todo efecto útil al derecho de éstos a probar su capacidad por medios distintos a su clasificación.

El Tribunal señala al respecto que nada en el artículo 28 de la Directiva 71/305 permite afirmar que la inscripción en la lista oficial de contratistas aceptados en el Estado adjudicador pueda exigirse a los contratistas establecidos en otros Estados miembros. Por el contrario, el apartado 3 de dicha disposición concede a las empresas inscritas en una lista oficial de cualquier Estado miembro el derecho a utilizar esta inscripción como medio de prueba alternativo de que satisfacen los criterios de selección cualitativa enumerados por los artículos 23 a 26 de la Directiva (véase la S. de 9

de julio de 1987, CEI, 27 a 29/86, Rec. p. 3347, apartado 24). Las empresas pueden, por tanto, elegir entre probar su capacidad mediante tal inscripción o a través de los medios y documentos mencionados en los artículos 23 a 26.

Añade el más alto órgano jurisdiccional comunitario que la Directiva 71/305 no subordina el ejercicio de dicha elección a ningún requisito semejante al previsto en el párrafo quinto del artículo 284 del RGCE y no menciona el certificado, al que se refiere dicha disposición, entre los documentos que puede solicitarse que presenten a las empresas que se proponen probar su capacidad por medio diferente al de la inscripción en una lista oficial de contratistas aceptados.

6. *Sobre el párrafo segundo del artículo 287 del RGCE*

Para la Comisión, el apartado 2 del artículo 287 RGCE es contrario a la Directiva 71/305 y al artículo 59 del Tratado, en la medida en que dispone que, a efectos de la clasificación de los empresarios en España, «se valorarán preferentemente los medios personales, reales y económicos con que las empresas cuenten con carácter permanente en el territorio nacional».

A este respecto, el TJCEE destaca que el apartado 4 del artículo 28 de la Directiva 71/305 establece que «para la inscripción de los contratistas de otros Estados miembros en la lista (oficial de contratistas aceptados), no se podrán exigir otras pruebas o declaraciones que las solicitadas a los empresarios nacionales y, en ningún caso, otras distintas a las mencionadas en los artículos 23 a 26». Por su parte, las letras *c)* y *d)* del artículo 26 de la Directiva 71/305, si bien permiten exigir declaraciones relativas al utillaje, al material y al equipo técnico de que dispondrá el contratista para la ejecución de la obra, así como a los efectivos anuales de la empresa y al número de sus cuadros directivos durante los tres últimos años, no hacen ninguna distinción según que dichos elementos se encuentren o no en el territorio del Estado adjudicador.

7. *Sobre el párrafo segundo del artículo 312 y el número 5 del párrafo tercero del artículo 320 del RGCE*

El citado párrafo del artículo 312 atribuye valor probatorio en España a los certificados de clasificación expedidos por otro Estado miembro, pero no tiene en cuenta lo dispuesto en las letras *b)* y *d)* del artículo 26 de la Directiva 71/305 y es contrario, por tanto, al párrafo primero del apartado 3 del artículo 28 de ésta.

Otro tanto cabe decir del número 5 del párrafo tercero del artículo 320 del RGCE, que dispone que la capacidad técnica de los suministradores se podrá acreditar mediante certificaciones establecidas por los institutos o servicios oficiales españoles encargados del control de calidad. Dicha dis-

posición es contraria a la letra e) del apartado 1 del artículo 23 de la Directiva 77/62, que permite exigir que el interesado aporte tales certificaciones, pero no que sean expedidas por un organismo del Estado adjudicador.

8. *Sobre el artículo 341 del RGCE*

La Comisión estima que el artículo 341 del RGCE, que autoriza al Gobierno para dispensar la prestación de fianza provisional en las licitaciones de contratos de obras a aquellos contratistas que hayan obtenido una determinada clasificación en España, es incompatible con las disposiciones de la Directiva 71/305 y del artículo 59 del Tratado, en la medida en que tal dispensa constituye una incitación económica a clasificarse y da lugar a limitar, en la práctica, el derecho a presentarse a una licitación sin estar clasificado.

El Tribunal recuerda al respecto que la Directiva 71/305 concede a los contratistas el derecho a acreditar su capacidad por los medios de prueba mencionados en los artículos 23 a 26 de la Directiva, o por su inscripción en una lista oficial de contratistas aceptados, que no tiene que ser necesariamente la del Estado adjudicador, derecho que se encuentra obstaculizado por el artículo 341 RGCE.

El Gobierno español había alegado que la prestación de una fianza provisional cumple una función comparable a la de la propia exigencia de clasificación, cuyo objeto es garantizar la ejecución de los contratos, de forma que el beneficio de dispensa de fianza provisional no puede extenderse a los contratistas que prueben su capacidad por medios diferentes a la clasificación.

El Tribunal rechaza esta alegación, pues el artículo 23 de la Directiva 71/305 en sus letras d) y g) permite excluir de la participación de un contrato a todo contratista que, en materia profesional, haya cometido una falta grave o al que se le considere culpable de hacer falsas declaraciones con relación a los criterios de selección cualitativa exigidos, y por tanto proporciona a los órganos de contratación medios suficientes para garantizar, con la misma eficacia que la propia clasificación o la amenaza de su suspensión, la ejecución de los contratos celebrados. No es necesario reservar el beneficio de la dispensa de que se trata a aquellos contratistas que acrediten su capacidad mediante su clasificación en España.

9. *Sobre el artículo 244 del RGCE*

Observa el Tribunal que el Gobierno español ha reconocido que esta disposición del Derecho nacional no había adaptado correctamente el ordenamiento jurídico interno al orden de preferencia de las normas con respecto a las cuales deben establecerse las especificaciones técnicas en materia de contratos públicos de suministro, fijado en el apartado 1 del artículo

7 de la Directiva 77/62. La circunstancia de que esta última disposición ha sido modificada por otras posteriores (Directiva 88/295/CEE, Directiva 90/269/CEE) no puede justificar el incumplimiento reconocido. En todo caso, el plazo previsto para la adaptación del Derecho español a la Directiva 88/295, antes citada, había transcurrido el 1 de marzo de 1992.

A su vez, el artículo 244 del RGCE sólo exige la mención «o equivalente» en los casos de indicaciones de marcas, licencias o tipos, mientras que el apartado 2 del artículo 7 de la Directiva 77/62 exige dicha mención también en los casos en que las especificaciones técnicas se refieran a productos de una fabricación o de una procedencia determinada.

De todo ello resulta que debe declararse el incumplimiento por parte del Reino de España de las Directivas 71/305 y 77/62 respecto a las disposiciones de Derecho interno citadas.