

LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS EN MATERIA DE CONTRATOS PUBLICOS

Por

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 17 DE DICIEMBRE DE 1998. CONCEPTO DE PODER ADJUDICADOR SUJETO A LA NORMATIVA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA: A) *El recurso de la Comisión contra Irlanda*. B) *La fundamentación jurídica de la STJCE de 17-12-98*. C) *El ámbito subjetivo de aplicación de la normativa comunitaria sobre contratos públicos*.—III. LA SENTENCIA DEL TJCE DE 4 DE FEBRERO DE 1999. PROCEDIMIENTOS DE RECURSO EN MATERIA DE ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS. CONCEPTO DE ÓRGANO JURISDICCIONAL NACIONAL: A) *La fundamentación fáctica y jurídica de la sentencia*. B) *Las vías de recurso en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos*. C) *Las Directivas sobre «recursos»*. D) *La adopción de medidas cautelares por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*.—IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1998. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA EN LA ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: A) *El desarrollo del procedimiento de contratación en el asunto T-203/96*. B) *El reconocimiento de la existencia de responsabilidad extracontractual del Parlamento Europeo*. C) *Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia*.

I. INTRODUCCIÓN

La contratación pública constituye, sin duda alguna, uno de los sectores en que el desarrollo del Derecho comunitario ha llegado más lejos y, consiguientemente, donde la armonización de los ordenamientos de los Estados miembros de la Comunidad se está produciendo con mayor intensidad. En efecto, los procedimientos de preparación, selección y adjudicación de los contratos públicos (de obras, suministros y servicios) son hoy muy similares en todos los Estados miembros de la Comunidad.

En este desarrollo ha desempeñado un papel decisivo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuya jurisprudencia sobre los contratos públicos, aplicando los grandes principios del Tratado de la Comunidad Europea, unida a las Directivas aprobadas por el legislador comunitario, ha contribuido a formar un verdadero *corpus iuris* en la materia.

En nuestro país, la influencia del Derecho comunitario sobre contratos públicos ha llevado a la aprobación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas; de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, y de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del

agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones. Estas Leyes constituyen la principal normativa aplicable en materia de contratos por todas las Administraciones Públicas españolas.

Pues bien, la jurisprudencia del Alto Tribunal europeo que ha aplicado los grandes principios del Tratado (prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad, libre circulación de mercancías, derecho de establecimiento, libre prestación de servicios) a los contratos públicos ha tenido decisivos efectos para el respeto de los principios de publicidad, objetividad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos por las distintas Administraciones Públicas europeas. Incluso se puede decir que sus consecuencias han ido más allá que las propias Directivas comunitarias en la materia, cuyo campo de aplicación ha sido más limitado (1).

En efecto, el Tribunal ha insistido en el carácter instrumental de las Directivas con respecto a los principios básicos del Tratado que afectan a la contratación pública, a la vez que ha destacado la necesidad de que las Directivas sobre contratos públicos se interpreten de manera conforme con los principios del Tratado.

Analizaré a continuación tres recientes sentencias del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas que afectan a algunos de los principales problemas que se plantean en materia de contratos públicos, como son el ámbito subjetivo de aplicación de la normativa pública sobre contratación, las vías de recurso en los procedimientos de adjudicación de contratos, la adopción de medidas cautelares por el TJCE y la responsabilidad contractual y extracontractual de las Administraciones Públicas.

Por lo demás, es importante resaltar cómo estos pronunciamientos jurisprudenciales tienen su origen en litigios planteados a través de las principales vías de recurso abiertas ante el máximo órgano judicial europeo, todas las cuales son aptas para plantear pretensiones relativas a adjudicaciones de contratos públicos. En efecto, la Sentencia del TJCE de 17-12-1998 trae causa de un recurso de incumplimiento planteado por la Comisión Europea contra Irlanda por incumplimiento de las normas comunitarias sobre contratos; la Sentencia del TJCE de 4-2-1999 se pronuncia sobre dos cuestiones prejudiciales de interpretación de una Directiva sobre contratos, y la Sentencia del TPI de 17-12-1998 tiene su origen en la solicitud de indemnización del perjuicio supuestamente sufrido por la demandante como consecuencia del comportamiento culpable del Parlamento Europeo en el marco de la licitación relativa a un contrato de servicio de transporte.

(1) Un análisis detallado de esta jurisprudencia comunitaria, así como, en general, del Derecho comunitario de la contratación pública y su influencia sobre el ordenamiento jurídico español, puede encontrarse en M. M. RAZQUIN LIZARRAGA, *Contratos públicos y Derecho comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 1996, y en J. A. MORENO MOLINA, *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 17 DE DICIEMBRE DE 1998. CONCEPTO DE PODER ADJUDICADOR SUJETO A LA NORMATIVA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

A) *El recurso de la Comisión contra Irlanda*

Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 29 de octubre de 1996, la Comisión de las Comunidades Europeas interpuso un recurso, con arreglo al artículo 169 del Tratado CE, con el fin de que se declarase que Irlanda había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CE, al no atenerse a lo dispuesto en la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, en su versión modificada por la Directiva 88/295/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1988, y, en particular, al no publicar su licitación para el suministro de fertilizantes al Irish Forestry Board (Coillte Teoranta) —Servicio de Bosques— en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas».

El 10 de marzo de 1994, el Servicio de Bosques convocó una licitación relativa a un contrato de suministro de fertilizantes por un valor superior a 200.000 ECUs, correspondiente al período comprendido entre el 1 de abril de 1994 y el 31 de marzo de 1995. No mandó publicar el anuncio de licitación en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas». El 30 de mayo de 1994, el Servicio de Bosques adjudicó el contrato. El 21 de junio de 1994, Connemara Machine Turf Co. Ltd., empresa cuya oferta no había sido seleccionada, interpuso recurso ante la *High Court* contra la adjudicación del contrato.

Pues bien, antes de la adjudicación del contrato, la Comisión recibió una denuncia referente al procedimiento de la licitación. Con arreglo al apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 89/665, envió el 30 de junio de 1994 un escrito al Gobierno irlandés. En dicho escrito, la Comisión expresaba sus dudas respecto a la compatibilidad de la adjudicación del contrato con las normas comunitarias en materia de contratos públicos de suministro e indicaba, asimismo, que dicho escrito equivalía al requerimiento conforme al artículo 169 del Tratado. Básicamente, la Comisión alegaba que el Servicio de Bosques, como poder adjudicador, no había mandado publicar la licitación en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas», conforme a lo dispuesto en la Directiva 77/62 y, en particular, a su artículo 9.

El Gobierno irlandés se opuso mediante escrito de 22 de julio de 1994 a las alegaciones formuladas por la Comisión. Alegó que el procedimiento previsto en los apartados 1 y 2 del artículo 3 de la Directiva 89/665 no era aplicable, dado que el contrato había sido celebrado antes de la recepción del escrito de la Comisión; que, conforme al supuesto previsto en el apartado 4 del artículo 3 de la Directiva 89/665, la infracción alegada era ya objeto de un recurso interpuesto ante un órgano jurisdiccional nacional irlandés; que, en cualquier caso, el Servicio de Bosques no era un poder adjudicador ni en el sentido de la Directiva 93/36 ni en el de la Directiva 77/62;

que Irlanda había adaptado correctamente su Derecho interno a lo dispuesto en las Directivas, y que ni siquiera en el caso de que existiera una infracción de las normas comunitarias sobre contratos públicos de suministro sería adecuado un procedimiento con arreglo al artículo 169 del Tratado, dado que existía otra forma de recurso conforme a lo dispuesto en la Directiva 89/665.

En estas circunstancias, la Comisión interpuso un recurso por incumplimiento, que fue resuelto por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de diciembre de 1998, Comisión de las Comunidades Europeas contra Irlanda (2).

B) *La fundamentación jurídica de la STJCE de 17-12-98*

Sin discutir formalmente la admisibilidad del recurso, el Gobierno irlandés planteó en primer lugar la cuestión de si puede incoarse un procedimiento con arreglo al artículo 169 del Tratado cuando existen otros medios de subsanar un posible incumplimiento, como los previstos en el artículo 3 de la Directiva 89/665. Señaló que al haberse interpuesto un recurso ante la *High Court* el 21 de junio de 1994, es aplicable en el presente caso el apartado 4 del artículo 3 de dicha Directiva. La posible infracción de las disposiciones aplicables en materia de adjudicación de contratos públicos debe, a su juicio, apreciarse en el marco de dicho recurso. Por otra parte, la referida infracción no se derivaría de un incumplimiento por parte de Irlanda, sino que sería obra del Servicio de Bosques, si se considerara que éste es un poder adjudicador.

Sin embargo, para el Tribunal Europeo, el procedimiento particular de la Directiva 89/665 constituye una medida preventiva que no puede contravenir ni sustituir las competencias que corresponden a la Comisión en virtud del artículo 169 del Tratado. Esta última disposición confiere, efectivamente, a la Comisión la facultad discrecional de recurrir al Tribunal de Justicia cuando estime que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado y que dicho Estado no se atiene al dictamen motivado de la Comisión.

Por lo que se refiere a la cuestión de si puede considerarse que Irlanda es responsable del comportamiento del Servicio de Bosques como poder adjudicador, para el TJCE, las Directivas en materia de adjudicación de contratos públicos quedarían privadas de efecto útil si el comportamiento de un poder adjudicador no fuera imputable al Estado miembro de que se trate.

Declarada, pues, la admisibilidad del recurso, el Tribunal se pronunció sobre el fondo del asunto.

(2) Asunto C-353/96. La STJCE está publicada en el «Boletín de Actividades del TJCE», núm. 32/1998. Comenta la sentencia, y en general la problemática del ámbito de aplicación subjetiva de las Directivas sobre contratos, M. M. RAZQUIN LIZARRAGA en su trabajo *La jurisprudencia del TJCE sobre contratación pública*, «Justicia Administrativa», núm. 6 (2000), págs. 15 y ss.

En este sentido, el Tribunal analizó detenidamente el organismo en cuestión. La creación del Servicio de Bosques en forma de sociedad de Derecho privado fue prevista por el artículo 9 de la Ley de Bosques irlandesa de 1988. A tenor de dicha Ley, el referido Servicio tiene por objeto ejercer las actividades de silvicultura y actividades conexas con carácter comercial y, conforme a las prácticas establecidas en el citado sector, crear y mantener una industria forestal, así como participar con otros en actividades forestales compatibles con los referidos objetivos. Los objetivos del Servicio de Bosques, como propietario de doce parques nacionales de acceso gratuito, incluyen también el acondicionamiento de instalaciones de carácter recreativo, deportivo, educativo, científico y cultural. De lo anterior resulta, pues, para el Tribunal que fue el Estado quien creó el Servicio de Bosques y le encomendó determinadas tareas de interés general. Corresponde asimismo al Estado la facultad de nombrar a los principales directivos del Servicio de Bosques y de cursarle instrucciones, en particular con el fin de obligarle a respetar las líneas maestras de la política estatal sobre actividades forestales. Por lo demás, el Ministro de Hacienda tiene facultades en materia financiera que le permiten controlar la actividad económica del Servicio de Bosques.

En definitiva, si bien es cierto que ninguna disposición prevé expresamente que el control estatal se extienda específicamente a la celebración de los contratos públicos de suministro por parte del Servicio de Bosques, el Estado puede ejercer dicho control al menos de manera indirecta. En este sentido, el Tribunal recuerda que la coordinación a escala comunitaria de los procedimientos de celebración de contratos públicos de suministro *tiene por objeto evitar los obstáculos a la libre circulación de mercancías*, y que para dar plenos efectos al principio de libre circulación el concepto de poder adjudicador debe recibir una interpretación funcional.

Debe entonces considerarse que el Servicio de Bosques es «una autoridad pública cuyos contratos públicos de suministro [están] sometidos al control del Estado».

De ello se deduce que el Servicio de Bosques es un poder adjudicador en el sentido de la Directiva 77/62. Por consiguiente, estaba obligado, en el caso de autos, a ordenar la publicación de un anuncio de licitación en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas».

El Tribunal falló, pues, declarando que Irlanda había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 77/62, en su versión modificada por la Directiva 88/295, al no haber ordenado el Servicio de Bosques la publicación de un anuncio de licitación correspondiente a un contrato de suministro de fertilizantes en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas».

C) *El ámbito subjetivo de aplicación de la normativa comunitaria sobre contratos públicos*

Sin duda alguna, una de las cuestiones más trascendentes que se plantean al analizar la normativa comunitaria en materia de contratación pú-

blica es la que se refiere a la determinación de los sujetos contratantes a los que se aplica dicha normativa.

En la actualidad, esta problemática presenta serios niveles de complejidad, debido a la proliferación en la vida administrativa de las sociedades desarrolladas de las denominadas «desmembraciones de las Administraciones». Cada vez con más frecuencia, las legislaciones de los Estados optan por confiar funciones de carácter público a organismos separados de la organización administrativa clásica.

Hasta la aprobación de la hoy vigente Directiva 93/36/CEE, la Directiva comunitaria que estaba en vigor en materia de contratos públicos de suministro (77/62/CEE) contemplaba como poderes adjudicadores «al Estado, a los entes públicos territoriales y las personas jurídicas de Derecho público». Sin embargo, para los Estados miembros que desconociesen esa última noción, lo serían «las entidades equivalentes que se enumeran en el Anexo I». Por su parte, la Directiva 71/305/CEE, sobre contratos públicos de obras, contenía una noción todavía más restrictiva, ya que establecía —art. 1.b)— que «se consideran poderes adjudicadores al Estado, a las colectividades territoriales y a las personas jurídicas de Derecho público enumeradas en el Anexo I».

En la problemática del ámbito subjetivo de aplicación de las Directivas sobre contratos públicos tuvo ocasión de mediar la Corte de Justicia de Luxemburgo en el importante asunto *Beentjes* (Sentencia de 20 de septiembre de 1988).

En concreto, en dicho litigio se le planteó al Tribunal la aplicación o no de la Directiva 71/305 a la adjudicación de los contratos de obras celebrados por un organismo que formalmente no estaba integrado en la Administración del Estado, como era la Comisión local neerlandesa de concentración parcelaria.

En sus alegaciones, el Gobierno de los Países Bajos sostuvo el argumento de que el ámbito subjetivo de la Directiva de 1971 no incluía a un organismo como la Comisión local, ya que ésta no era ni un servicio de la Administración del Estado, ni un servicio administrativo de una colectividad territorial, ni una «de las personas jurídicas de Derecho público enumeradas en el Anexo I [de la Directiva]».

Pues bien, pese a ello, la postura del Tribunal fue contundente:

«El concepto de Estado, en el sentido de esta disposición —art. 1.b) de la Directiva 71/305—, debe recibir una interpretación funcional. El fin de la Directiva, tendente a la efectiva realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras, se vería en efecto comprometido si la aplicación del régimen previsto por la Directiva debiera excluirse por el hecho de que un contrato público de obras fuera adjudicado por un organismo que, a pesar de haber sido creado para desempeñar las tareas que la ley le confiere, no se hallase formalmente integrado en la Administración del Estado.

Por consiguiente, un organismo cuya composición y funciones, como sucede en el caso de autos, están previstas por la ley, y que depende de los poderes públicos tanto por la designación de sus miembros como por la garantía de las obligaciones derivadas de sus actos, como por la financiación de los contratos públicos que está encargado de adjudicar, debe considerarse comprendido en el Estado a los efectos de la disposición citada anteriormente, aunque formalmente no constituya una parte integrante de él» (3).

De esta forma, la doctrina del Tribunal, interpretando la noción de Estado a los efectos de la normativa sobre contratación pública, se muestra plenamente en la línea marcada por el mismo en otros ámbitos diferentes.

En efecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que ha interpretado la noción de «Estado» o de «Administración Pública» (Sentencias *Marshall*, *Foster contra British Gas*) se puede extraer la conclusión de que la Corte siempre trata de dar al concepto de «Estado» un «efecto útil», es decir, el contenido más adecuado para la consecución *hic et nunc* de los objetivos de la normativa de que se trate. En función de este objetivo se podrá o bien interpretar extensivamente el concepto de «Estado», por ejemplo en relación con las ayudas del artículo 92 del Tratado CE (por ayuda pública entiende el TJCE cualquier ventaja económico-financiera otorgada por el Estado, o financiada con cargo a recursos estatales, adopte la forma que sea), con la aplicación de la doctrina del efecto directo de las Directivas comunitarias o, en el tema que nos afecta, en relación con el ámbito subjetivo de aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos, o bien, por el contrario, efectuar una distinción según que el Estado actúe en una u otra calidad (por ejemplo, en relación con la transparencia de las relaciones entre los Estados miembros y las empresas públicas, distinguiendo entre el Estado que actúa como autoridad pública y el Estado cuando actúa como propietario; en relación con la recaudación del IVA, distinguiendo entre la calidad de la autoridad pública y la de sujeto pasivo-persona privada; o en relación con el acceso a los empleos públicos en los distintos países miembros de la Comunidad, interpretando la noción de «empleos en la Administración Pública» que recoge el apartado cuarto del artículo 48 del Tratado como excepción a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad —los Estados miembros sólo podrán reservar a sus nacionales los empleos o puestos de trabajo ligados a aquellas funciones o actividades que entrañen el ejercicio de potestades públicas o funciones públicas de autoridad—).

Por lo demás, siempre que, habida cuenta del objetivo subyacente, hay que interpretar ampliamente el concepto de «Estado» —como ocurre en el ámbito de la contratación pública—, se utiliza con carácter general el criterio del control fáctico, de la influencia dominante y de la posibilidad por

(3) Sentencia de 20-9-1988, Fundamentos Jurídicos 11 y 12. En el mismo sentido, véase la Sentencia de 26 de abril de 1994, *Comisión contra Italia*, asunto 272/91.

parte de la autoridad pública de dar instrucciones obligatorias, de cualquier tipo (por la propiedad, la participación económica, la subordinación administrativa o por medio de disposiciones legales).

En consonancia con esta doctrina jurisprudencial, todas las nuevas Directivas sobre contratos públicos, aprobadas a partir del año 1993, incorporan una definición funcional de «poder adjudicador». Así, estas Directivas consideran como poderes públicos sujetos a la aplicación de la normativa sobre contratos «al Estado, los entes públicos territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público» (4).

Por lo tanto, con la aprobación de las Directivas 93/36, 93/37 y 93/38/CEE se ha conseguido unificar la extensión subjetiva de todas las Directivas sobre contratación pública, optando por una noción funcional de poder adjudicador.

En cuanto a lo que se considera como organismo de Derecho público, las Directivas señalan que será todo aquel organismo:

- «— creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,
- dotado de personalidad jurídica, y
- cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes públicos territoriales u otros organismos de Derecho público, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes públicos territoriales u otros organismos de Derecho público».

Estos requisitos tienen para el TJCE un carácter acumulativo, como declaró en su Sentencia de 15 de enero de 1998, en la que se planteaba la sujeción a las Directivas de contratos de una imprenta estatal austríaca, en la que el Tribunal también señaló que la exigencia de que el organismo haya sido creado para satisfacer específicamente necesidades de interés

(4) Una definición similar ya había sido recogida por la Directiva 89/440/CEE, que modificó la Directiva de 1971 sobre contratos públicos de obras.

Por otra parte, es preciso señalar que 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 («DOCE» núm. L 199, de 9 de agosto de 1993, pág. 84), también se aplica a las empresas públicas (a las que define como aquellas sobre las que los poderes públicos pueden ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante —apartado 2 del art. 1—) y a las entidades contratantes que «sin ser poderes públicos o empresas públicas, ejerzan, entre sus actividades, alguna de las contempladas en el apartado 2 o varias de estas actividades y gocen de derechos especiales o exclusivos concedidos por una autoridad competente de un Estado miembro» —letra b) del apartado primero del art. 2 de la Directiva—.

general que no tengan carácter industrial o mercantil no implica que esté únicamente encargado de satisfacer dichas necesidades.

Por consiguiente, para la determinación de su ámbito subjetivo, las Directivas siguen un criterio mixto, de carácter definitorio y enumerativo. De un lado, enumeran las figuras subjetivas definibles como públicas: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes u organismos; de otro lado, definen lo que para ellas son los organismos de Derecho público atendiendo no a una cláusula general, sino a través de unos índices relevantes: satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil, personalidad jurídica, financiación pública mayoritaria y control público de la gestión.

En definitiva, el concepto de ente de Derecho público que proponen las Directivas presenta unos caracteres verdaderamente amplios.

Ahora bien, la definición del ámbito subjetivo de aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratos públicos plantea todavía más dificultades. En efecto, tras la vasta definición de lo que se entiende por organismo de Derecho público a efectos de las Directivas sobre contratos, estas mismas precisan que en sus Anexos «figuran las listas de organismos y de las categorías de organismos de Derecho público que reúnen los criterios señalados anteriormente». Estas listas, indican las Directivas, serán lo más completas posible y podrán ser revisadas por la Comisión, especialmente en función de las notificaciones de los Estados miembros, cuando parezca necesario excluir de los Anexos a los organismos que ya no se correspondan con los criterios que señalan las Directivas o, por el contrario, incluir en estos Anexos a los organismos que respondan a dichos criterios.

En este punto se plantea un importante problema interpretativo que versa sobre la naturaleza jurídica de los referidos Anexos de las Directivas sobre contratos públicos, ya que se discute si tienen eficacia declarativa o constitutiva.

Pues bien, teniendo en cuenta la precisión con la que son definidas las características que deben concurrir en un organismo para poder ser considerado de «Derecho público» a los efectos de las Directiva, y la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sentada en el asunto *Beentjes*, no parece consecuente con los objetivos de las Directivas sostener que un organismo dotado de tales características pueda sustraerse a los efectos de las Directivas si no ha sido incluido en los Anexos ni, viceversa, que las Directivas se apliquen a organismos privados de tales características pero comprendidos en los Anexos.

La descripción de lo que las Directivas entienden por organismos de Derecho público es lo suficientemente precisa y específica para permitir la directa identificación de las entidades a las que las normas comunitarias se refieren (en este sentido, las disposiciones de las Directivas sobre contratos públicos a las que nos estamos refiriendo reunirían las características que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas exige para apreciar su efecto directo).

Por lo tanto, la inclusión en los Anexos de las Directivas de un organismo tendría unos efectos bien meramente declarativos o bien de carácter ejemplificativo, pero no efectos constitutivos. Eso sí, dicha inclusión podría constituir una presunción *iuris tantum* de pertenencia a la categoría y de consiguiente sujeción a la normativa comunitaria sobre contratación pública.

III. LA SENTENCIA DEL TJCE DE 4 DE FEBRERO DE 1999. PROCEDIMIENTOS DE RECURSO EN MATERIA DE ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS. CONCEPTO DE ÓRGANO JURISDICCIONAL NACIONAL

A) *La fundamentación fáctica y jurídica de la sentencia*

El asunto que resuelve la STJCE de 4-2-1999 (5) tiene su origen en el litigio entre una sociedad austríaca, por una parte, y la Mancomunidad de municipios para la gestión del Hospital comarcal de Schwaz, por otra, con motivo de la adjudicación de las obras de ampliación del centro hospitalario de Schwaz. La empresa en cuestión presentó un recurso ante un organismo administrativo independiente, quien planteó dos cuestiones prejudiciales ante el TJCE relativas a la interpretación del apartado 81 del artículo 2 de la Directiva 89/665/CEE, sobre procedimientos de recurso en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras y suministros. En esencia, mediante esas cuestiones el organismo austríaco solicitaba que se determine si unas disposiciones como las que regulan su composición y funcionamiento cumplen los requisitos recogidos en el artículo 8.2 de la citada Directiva (6).

En su fundamentación jurídica de la sentencia, el TJCE se planteó, con carácter preliminar, si el *Tiroler Landesvergabeamt* es un órgano jurisdiccional a efectos del artículo 177 del Tratado y si, en consecuencia, las cues-

(5) Asunto C-103/97. *Josef Köllensperger GmbH & Co. KG, Atzwanger Ag contra Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schaz*, publicado en el «Boletín de Actividades del TJCE», núm. 3/1999.

(6) En concreto, el apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665 establece que «cuando los organismos responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán ir siempre motivadas por escrito. Además, en ese caso, deberán adoptarse disposiciones para que cualquier medida presuntamente ilegal adoptada por el organismo de base competente o cualquier presunta infracción cometida en el ejercicio de los poderes que tiene conferidos, pueda ser objeto de un recurso jurisdiccional o de un recurso ante otro organismo que sea una jurisdicción en el sentido del artículo 177 del Tratado y que sea independiente en relación con el poder adjudicador y con el organismo de base.

El nombramiento de los miembros de este organismo independiente y la terminación de su mandato estarán sujetos a las mismas condiciones aplicables a los Jueces en lo relativo a la autoridad responsable de su nombramiento, la duración de su mandato y su revocabilidad. Como mínimo, el presidente de este organismo independiente deberá poseer las mismas cualificaciones jurídicas y profesionales que un Juez. Dicho organismo independiente adoptará sus decisiones previa realización de un procedimiento contradictorio y tales decisiones tendrán, por los medios que estipule cada Estado miembro, efectos jurídicos vinculantes».

ciones prejudiciales son admisibles. A este respecto, hay que recordar que, según una reiterada jurisprudencia, para apreciar si el organismo remitente posee el carácter de un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 177 del Tratado, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia (véase la reciente Sentencia de 17 de septiembre de 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96, Rec., pág. I-4961, apartado 23). Pues bien, el Tribunal llega a la conclusión de que las normas que regulan el funcionamiento del organismo en cuestión prevén causas de recusación, prohíben expresamente toda instrucción dirigida a sus miembros, por lo que considera que es un órgano jurisdiccional a efectos del artículo 177 del Tratado, y que las cuestiones que ha planteado son admisibles.

Sobre la interpretación del artículo 2.8 de la Directiva 89/665, el Tribunal señala que, en virtud de lo dispuesto en el citado precepto, los Estados miembros pueden optar entre dos soluciones a la hora de organizar el sistema de control de los contratos públicos. La primera solución consiste en atribuir la competencia para conocer de los recursos a órganos de naturaleza jurisdiccional. La segunda solución consiste en atribuir esta competencia, en primer término, a organismos que no poseen dicha naturaleza. En este último caso, las resoluciones adoptadas por estos organismos deben poder ser objeto bien de un recurso jurisdiccional o bien de un recurso ante otro organismo, que, para garantizar que el recurso sea adecuado, debe cumplir los requisitos específicos previstos en el párrafo segundo del apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665. De esto se deriva que si el organismo responsable del recurso es de naturaleza jurisdiccional, como es el caso en el litigio principal, estas disposiciones de garantía no se aplican.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, el Tribunal Europeo respondió al órgano jurisdiccional remitente señalando que los requisitos recogidos en el apartado 8 del artículo 2 de la Directiva 89/665 no se aplican a disposiciones como las que regulan su composición y funcionamiento.

B) *Las vías de recurso en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos*

La Sentencia de 4-2-1999 resulta más de aplicación en ordenamientos como los germánicos o anglosajones, donde la articulación de los medios de recurso contra los contratos administrativos presenta caracteres diferentes a los del Derecho español. Sin embargo, la Sentencia nos interesa en el sentido de que plantea el debate en torno a la posibilidad de creación de órganos administrativos especializados en la resolución de recursos en materia de contratos públicos.

La contratación pública parece un ámbito especialmente significado para el establecimiento de organismos administrativos de este tipo. En efecto, es un hecho generalizado en todos los países miembros de la Comunidad la reticencia a recurrir judicialmente contra los poderes adjudicadores por parte de los aspirantes a la adjudicación de contratos públicos que resulten perjudicados en un concreto procedimiento. Este tipo de posturas se justifican por los interesados alegando el temor a perder la oportunidad de obtener contratos en el futuro.

En este sentido, una destacada novedad de la Directiva 92/13/CEE, sobre procedimientos de recurso en los sectores especiales, consiste en la previsión, en su Capítulo Cuarto, de un procedimiento de conciliación comunitario que puede cumplir una importante función posibilitando la resolución amistosa de las controversias que se susciten, a través de la negociación entre los poderes adjudicadores y las empresas interesadas en la adjudicación de contratos públicos.

La conciliación, al igual que la mediación, no es sino una forma convencional de resolución de conflictos en la que las partes son asistidas por un tercero neutral que actúa a petición de las mismas y en interés de la negociación, y en la que la decisión última queda siempre a disposición de las partes (7).

En concreto, el procedimiento de conciliación que establece la Directiva 92/13/CEE, y que ha recogido la nueva Ley 48/1998, de 30-12, en sus artículos 68 y siguientes, podrá ser invocado por cualquiera de las partes interesadas en obtener un contrato determinado y que se haya visto o pueda verse perjudicada. La solicitud de conciliación se podrá dirigir por escrito a la Comisión o a las autoridades nacionales enumeradas en el Anexo de la Directiva —en el caso de España, al Ministerio de Economía y Hacienda—.

El funcionamiento del procedimiento de conciliación se establece en el artículo 10 de la Directiva, al que se remite el artículo 69 de la Ley española: la Comisión, tras analizar la solicitud de cualquier interesado, debe decidir si la controversia se refiere a la aplicación correcta del Derecho comunitario, en cuyo caso invitará a la entidad contratante a que declare si está dispuesta a participar en el procedimiento de conciliación. Si la entidad da su acuerdo (si no lo hace, informará al interesado de que no puede iniciarse el procedimiento), la Comisión propondrá un conciliador entre los que figuren en una lista de personas independientes elaborada por la propia Comisión. Las partes declararán si aceptan el conciliador y nombrarán otro suplementario.

Llegados a este punto, los conciliadores ofrecerán la posibilidad de presentar alegaciones fácticas, de manera oral o escrita, a la persona que invoque la aplicación del procedimiento de conciliación, a la entidad contratante y también a cualquier otro candidato o licitador que participe en el procedimiento de formalización del contrato en cuestión. De acuerdo con estas alegaciones, los conciliadores (cuyo interés principal, hay que recor-

(7) Vid. al respecto F. DELGADO PLOUERAS, *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

dar, es el de la negociación) procurarán alcanzar un acuerdo entre las partes, conforme al Derecho comunitario, en el más breve plazo posible, y darán traslado del mismo a la Comisión.

Sin embargo, se permite a la persona interesada que ha instado el procedimiento y a la entidad contratante que pongan fin al procedimiento en cualquier momento. Esta facultad de las partes viene exigida por la propia naturaleza de la conciliación como libre acuerdo entre las partes, aunque debe advertirse del peligro de su posible utilización fraudulenta, especialmente cuando se esté en fases avanzadas del procedimiento en las que ya se pueda prever cuál va a ser la propuesta de los conciliadores. Ahora bien, estos problemas pueden resolverse recurriendo a los principios generales del Derecho que son plenamente aplicables al procedimiento conciliador, como el principio de buena fe, e incluso acudiendo a la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*.

Por otra parte, el procedimiento puede finalizar también en el supuesto de que, en el marco de un procedimiento determinado de formalización de un contrato, una persona interesada, distinta de la que haya instado la conciliación, haya interpuesto un recurso jurisdiccional u otro recurso a los que se refiere la Directiva 92/13/CEE. En este caso, los conciliadores informarán a dicha persona de que se ha invocado la aplicación del procedimiento de conciliación y la invitarán a que indique si acepta participar en el procedimiento. Si esta persona rehusara su participación, los conciliadores tienen la facultad de decidir, por mayoría, la finalización del procedimiento de conciliación cuando estimen que la participación de dicha persona es necesaria para resolver la controversia.

C) *Las Directivas sobre «recursos»*

Los legisladores comunitarios eran conscientes de que toda la compleja normativa comunitaria encaminada a la apertura de la contratación pública quedaba, sin embargo, en la práctica seriamente amenazada por la falta de medios de control eficaces para los supuestos de infracción del Derecho comunitario en la materia.

En efecto, las Directivas sobre contratos públicos de obras, suministros, servicios y «sectores excluidos» contienen exclusivamente normas sustantivas que disciplinan los procedimientos de contratación con el objetivo siempre puesto en la realización de los principios de transparencia y no discriminación. De esta forma, ante la ausencia de normas que específicamente contemplasen mecanismos de garantía, control y cumplimiento de estas Directivas, como por lo demás es la regla general para la aplicación del Derecho comunitario, correspondía, por un lado, a los propios Estados miembros asegurar ese control y, por otro, a las instituciones comunitarias, Comisión y Tribunal de Justicia, vigilar el cumplimiento efectivo de las Directivas. Sin embargo, por diversas razones, estos procedimientos de control no funcionaban por regla general, o lo hacían de modo insuficiente.

Pues bien, a esta preocupante situación intentó poner remedio la Comunidad a través de las Directivas conocidas como de «recursos»: la Directiva del Consejo 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 suministros y de obras, y la Directiva del Consejo 92/13/CEE, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

Las Directivas en cuestión se pueden considerar como una concreción de la obligación que el artículo 5 del Tratado CEE impone a los Estados miembros de crear vías judiciales de recurso efectivas que aseguren el cumplimiento de las obligaciones comunitarias derivadas del propio Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad.

Pues bien, la primera de estas Directivas, la 89/665/CEE, impone como principal obligación a los Estados la adopción de las medidas que sean necesarias para garantizar que las decisiones de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible. A tal efecto, exige a los Estados que prevengan los poderes necesarios para garantizar la adopción de medidas cautelares, la posibilidad de anulación de las decisiones ilegales y la obtención por las personas perjudicadas de indemnizaciones por daños y perjuicios.

En lo que respecta a nuestro país, la doctrina más autorizada coincide en señalar que las exigencias de la Directiva 89/665/CEE ya se encuentran perfectamente incorporadas a nuestro Derecho interno (hay que tener en cuenta al respecto la LRJPAC de 1992 y la LJCA de 1998), por lo que no ha hecho falta adoptar ninguna medida para dar cumplimiento a las disposiciones de la Directiva (8).

Por el contrario, la Directiva 92/13/CEE sí preveía mecanismos especiales, por lo que hacía falta adaptar sus disposiciones a nuestro Derecho (España disponía de plazo para ello hasta el 30 de junio de 1995), lo que ha ocurrido al aprobar nuestro Parlamento la Ley 48/1998, de 30-12.

La Directiva 92/13/CEE ofrece interesantes novedades en los medios que instrumenta para garantizar el respeto de la normativa comunitaria sobre contratos. Así, permite a los Estados la elección entre diferentes opciones de efectos equivalentes en lo referente a los poderes de las instancias de recurso y contempla normas especiales en relación con la responsabilidad que pueden exigir los perjudicados por una infracción de la normativa sobre contratación pública.

(8) Vid. J. L. PIÑAR MANAS, *El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria. Especial referencia a la directiva 92/13/CEE, de 25 de febrero*. «Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia», Boletines 76, págs. 11 y ss., y 77, págs. 15 y ss. (1992).

D) *La adopción de medidas cautelares por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*

Una de las cuestiones más importantes que se plantea en relación con los recursos interpuestos por posibles violaciones del Derecho comunitario en el desarrollo de procedimientos de adjudicación de contratos públicos es la de la justicia cautelar. En muchas ocasiones, la adopción de una medida cautelar por el Tribunal ante el que se interponga el recurso constituye la única vía para que el posible reconocimiento posterior del derecho del particular no pierda todo su sentido.

En el ámbito de los contratos públicos, el TJCE ha declarado que «el incumplimiento de una Directiva aplicable a un contrato público constituye un perjuicio grave para la legalidad comunitaria», y que la declaración posterior de un incumplimiento por el Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 169 del Tratado, con frecuencia después de la ejecución del contrato, «no podrá eliminar el perjuicio sufrido por el ordenamiento jurídico comunitario y por todos los licitadores excluidos o privados de la posibilidad de participar adecuadamente, respetándose el principio de igualdad de trato» (Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de abril de 1994, en el asunto *Comisión contra Bélgica*). La Comisión, en su condición de guardiana de los Tratados, está facultada, pues, para incoar un procedimiento sobre medidas provisionales paralelamente a un recurso por incumplimiento vinculado a un procedimiento impugnado de adjudicación de un contrato público.

Pues bien, la admisibilidad de la demanda dirigida a obtener medidas provisionales en este ámbito fue afirmada por primera vez en el curso del asunto *Comisión contra Irlanda* (en dos Autos emitidos el 16 de febrero y el 13 de marzo de 1987).

El citado contencioso había surgido como consecuencia de la posible violación por parte de Irlanda del artículo 30 del Tratado CEE, al haber insertado en el anuncio de licitación relativo a un contrato de obras una cláusula que podía suponer una discriminación entre los productos irlandeses y los de los demás Estados miembros de la Comunidad. La Sentencia que resolvió la cuestión sobre el fondo del asunto declaró que, en efecto, Irlanda había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 30 del Tratado CEE, al introducir dicha cláusula en el anuncio de licitación de un contrato de obras (Sentencia de 22 de septiembre de 1988).

En su Auto sobre la suspensión solicitada, el Tribunal de Justicia, pese a reconocer el correcto fundamento de la pretensión de la Comisión (es decir, tras comprobar que se habían acreditado tanto la urgencia como el *fumus boni iuris*), rechazó, sin embargo, la demanda de suspensión de la adjudicación del contrato, aceptando el argumento irlandés de que la ejecución del contrato afectaba a la salud pública (la obra a realizar consistía en una red de abastecimiento de agua).

En efecto, el Tribunal ponderó los intereses en juego (9) para concluir afirmando que:

«En este caso, tanto el objetivo del contrato público controvertido, a saber, garantizar para 1990 a más tardar el abastecimiento de agua a los habitantes de la región de Dundalk, como la agravación de los riesgos existentes para la salud y la seguridad de dichos habitantes, que se produciría en caso de demora en la adjudicación del contrato público en litigio, llevan a considerar que, en el caso de autos, el equilibrio de los intereses en presencia se inclina a favor de la parte demandada.»

Sin embargo, el Tribunal quiso matizar que

«(...) esta apreciación podría ser muy distinta en relación con los contratos públicos de obras que persigan otros objetivos y para los que una demora en la adjudicación no implique tales riesgos para la salud y la seguridad de una población» (Auto de 13 de marzo de 1987).

Pues bien, la resolución del Tribunal, no obstante ser contraria a la solicitud de la Comisión, tuvo una importante consecuencia: alertar a los operadores jurídicos interesados en la materia de los contratos públicos sobre el poder de la Comisión para asegurar el respeto del Derecho comunitario.

La ocasión para utilizar de nuevo este mecanismo de defensa del Derecho comunitario no tardó en presentarse.

En efecto, poco tiempo después, la Comisión interpuso un recurso con el objeto de que se declarase que la República Italiana había incumplido sus obligaciones derivadas de la Directiva 71/305 sobre procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, al omitirse la publicación en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas» de la convocatoria para la adjudicación del contrato público de obras relativo al horno incinerador del «Consorzio per la costruzione e la gestione di un impianto per l'incenerimento e trasformazione dei rifiuti solidi urbani», con sede en el municipio de La Spezia.

Junto al recurso señalado, la Comisión formuló una demanda de medidas provisionales que pretendía, con carácter principal, que el Tribunal de Justicia ordenara a Italia que adoptara todas las medidas necesarias para suspender la adjudicación del contrato público de obras en cuestión hasta que el Tribunal dictara sentencia resolviendo el asunto principal. Subsidiariamente, la Comisión solicitó, para el supuesto de que la adjudicación se

(9) La evaluación de los intereses en juego es una condición exigida por el Tribunal de Justicia pese a que no está contemplada normativamente.

En el Derecho español, el criterio aparece hoy recogido en el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

hubiera realizado mientras tanto, que el Tribunal de Justicia ordenara al Estado italiano que adoptara las medidas oportunas para anular, o al menos mantener, el *status quo* hasta que se pronunciara la sentencia definitiva.

El Presidente del Tribunal de Justicia, inmediatamente después de que se presentaran los citados escritos de interposición del recurso y de solicitud de medidas cautelares, ordenó al Estado italiano, con carácter provisional, que adoptara todas las medidas necesarias para suspender la adjudicación del contrato público de obras.

El Auto se dictó el 27 de septiembre de 1988, pronunciándose favorablemente sobre la suspensión. En su parte dispositiva, el Auto resuelve que:

«La Repubblica Italiana tomará todas las medidas necesarias para suspender la adjudicación del contrato público de obras del "Consorzio per la costruzione e la gestione di un impianto per l'incenerimento e trasformazione dei rifiuti solidi urbani", con sede en el Municipio de la Spezia, hasta que se pronuncie la sentencia que pondrá fin al asunto principal.»

Para llegar a esta solución, el Tribunal contrastó las alegaciones del Estado italiano, referidas todas ellas a la urgencia de los trabajos de reestructuración del horno incinerador y al estado de necesidad en que se encontraba el Consorcio cuando anunció la licitación, y las de la Comisión, que señalaban que el incumplimiento de la Directiva 71/305 constituía una grave lesión de la legalidad comunitaria y que una declaración de ilegalidad por el Tribunal de Justicia, obtenida conforme al artículo 169 del Tratado, no eliminaría el perjuicio sufrido por las empresas establecidas en otros Estados miembros que hayan quedado excluidas de participar en el contrato público.

Finalmente, el Tribunal, acogiendo estas últimas alegaciones de la Comisión y plenamente consciente de las dificultades que atravesaba el Consorcio, concluyó señalando que

«la Comisión ha demostrado la urgencia de las medidas provisionales solicitadas y que el balance de los intereses en juego se inclina definitivamente de su parte.»

Por consiguiente, el Tribunal instó al Estado italiano a que adoptara todas las medidas necesarias para suspender la adjudicación del contrato público de obras en cuestión.

El Auto del Tribunal de Justicia constituyó un importante éxito para la Comisión, que se vio aumentado, si cabe, por la inmediata reacción del Consorcio en el sentido de comenzar de nuevo el procedimiento de adjudicación del contrato público según las reglas previstas en la Directiva 71/305/CEE.

En otro asunto posterior, *Comisión contra Bélgica* (C-87/94 R), el Tribunal también decidió finalmente la adopción o no de las medidas provi-

sionales solicitadas por la Comisión, tras ponderar los intereses en presencia (10).

En efecto, al perjuicio grave e irreparable invocado por la Comisión, el Estado belga opuso el argumento del lamentable estado del parque de autobuses, que incluía numerosos vehículos antiguos.

Pues bien, el Presidente del Tribunal de Justicia, tras corroborar documentalmente que el estado de los autobuses en cuestión comprometía, efectivamente, el imperativo de seguridad que debe regir toda actividad de servicio público (no sin poner de relieve la culpa de la Administración demandada en que se hubiese llegado a esa situación), desestimó la demanda de medidas provisionales «dadas las circunstancias del caso y habida cuenta de la gravedad del riesgo (...), para no contribuir también a la agravación del mismo».

Pero la problemática de la justicia cautelar se plantea con especial intensidad en el supuesto de que nos encontremos ante contratos ya adjudicados por el poder público. Pues bien, sobre esta cuestión se pronunció el TJCE en el marco de un recurso interpuesto por la Comisión, ex artículo 169 del Tratado CEE, cuya pretensión era que se declarase que Italia había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 30, 52 y 59 del Tratado CEE y de los artículos 9 y 17 a 25 de la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, al no haber dado publicidad a determinados contratos públicos y al reservar la participación en un contrato de concesión del sistema de automatización del juego de la lotería a las entidades, sociedades o consorcios, así como a los grupos cuyo capital social, considerado aislada o conjuntamente, fuera en su mayor parte público.

En el Auto de 31 de enero de 1992, el Presidente del Tribunal de Justicia, como medida cautelar, ordenó la suspensión del citado contrato público, que ya estaba adjudicado y en vías de ejecución. Para llegar a esta conclusión, el Presidente del Tribunal examinó si concurrían en el caso de autos los requisitos necesarios para acordar una medida cautelar.

Así, en primer lugar, declaró que concurría el *fumus boni iuris*, sobre la base de que el propio Tribunal había declarado con anterioridad, en su Sentencia de 5 de diciembre de 1989, que, al reservar únicamente a las sociedades en que el Estado o el sector público tengan, de forma directa o indirecta, una participación mayoritaria o total la posibilidad de celebrar convenios en materia de realización de sistemas informáticos por cuenta de la Administración Pública, «la República Italiana ha incumplido las

(10) El recurso de la Comisión basaba el incumplimiento del Estado belga en que había permitido que la «Société régionale wallonne du transport» (SRWT) cometiese diversas irregularidades en la adjudicación de un contrato público de suministro de autobuses de transporte público (en tres años, se debían suministrar más de 300 vehículos). En efecto, la citada sociedad admitió modificaciones efectuadas en una de las ofertas con posterioridad a la apertura de éstas, no excluyó a un licitador que no respondía a los criterios de selección del pliego de condiciones y seleccionó una oferta que tampoco respondía a los criterios del pliego.

obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 52 y 59 del Tratado CEE y de la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976» (FJ 30).

Por lo que respecta al *periculum in mora*, el Auto acogió las alegaciones de la Comisión que señalaban la necesidad de la adopción de medidas provisionales, so pena en caso contrario de que cuando el Tribunal resolviese el litigio principal el contrato estuviera ya ejecutado, con lo que la futura sentencia, si fuese favorable a la Comisión, quedaría desprovista de toda eficacia.

En fin, en lo tocante a la ponderación de intereses, el Presidente del Tribunal apreció la prevalencia del interés de la Comisión, en su condición de garante de los Tratados, en impedir que se infrinjan las normas fundamentales de éstos, sobre el interés del Estado miembro en completar la rápida automatización del juego de la lotería.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictó posteriormente sentencia resolviendo el litigio principal planteado, y en ella declaró finalmente el incumplimiento por parte del Estado italiano de los artículos 52 y 59 del Tratado CEE y de los artículos 9 y 17 a 25 de la Directiva 77/62/CEE del Consejo, en su versión modificada por la Directiva 88/295/CEE, «al no haber publicado, a efectos de la Comunicación en el "Diario Oficial de las Comunidades Europeas", en primer lugar, a principios de 1990, un anuncio indicativo relativo a la totalidad de los contratos públicos, por grupos de productos, cuyo importe estimado era igual o superior a 750.000 ECUs, y que el Ministero delle Finanze se proponía adjudicar durante ese mismo año y, en segundo lugar, en noviembre de 1990, un anuncio de licitación para la concesión del sistema de automatización del juego de la lotería que reservaba la participación en dicha licitación a las entidades, sociedades, consorcios o grupos cuyo capital social, considerado aislada o conjuntamente, fuera en su mayor parte público» (Sentencia de 26 de abril de 1994, Comisión contra Italia).

IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
DE 17 DE DICIEMBRE DE 1998. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.
PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA EN LA ACTUACIÓN
DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

A) *El desarrollo del procedimiento de contratación en el asunto T-203/96*

La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de diciembre de 1998 tiene su origen en la solicitud de indemnización del perjuicio supuestamente sufrido por la demandante como consecuencia del comportamiento culpable del Parlamento Europeo en el marco de la licitación relativa a un contrato de servicio de transporte de personas mediante vehículos con chófer.

El 22 de agosto de 1995, el Parlamento Europeo publicó en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas» un anuncio de contratación de un

contrato de transporte de personas mediante vehículos con chófer, previsto para los parlamentarios europeos. El anuncio precisaba que el contrato adoptaría la forma de un contrato marco con una sociedad de prestación de servicios y que se ejecutaría sobre la base de órdenes de pedidos específicas para cada operación. El contrato se celebraría por un período de tres años, prorrogable dos veces por un período de un año. El lugar de entrega sería Bruselas y los prestadores de servicios deberían justificar un período de actividad mínimo de cinco años dentro del sector. Como criterios de adjudicación del contrato, el anuncio indicaba que se elegiría la oferta económicamente más ventajosa, teniendo en cuenta los precios ofrecidos y el valor técnico de la licitación.

El 16 de octubre de 1995, la demandante presentó su oferta. El 4 de diciembre de 1995, el Parlamento se puso en contacto con el Director General de la empresa —Embassy— para anunciarle que la Comisión consultiva de compras y contratos había emitido ese mismo día un dictamen favorable sobre la propuesta de encomendar el contrato a su sociedad.

Pues bien, el 12 de diciembre de 1995, la empresa dirigió al Parlamento un escrito en el cual exponía las medidas que había adoptado para hacer frente a la situación de urgencia en que se encontraba el Parlamento. Precisaba que había celebrado contratos de arrendamiento financiero de coches y de abono de teléfonos móviles, había contratado a chóferes y regularizado la situación médico-social y fiscal de estos últimos. En el mismo escrito, la demandante contestaba a los rumores y conversaciones de pasillo que aludían a una supuesta falta de moralidad de sus dirigentes y/o de sus accionistas y ponían en tela de juicio la calidad de sus prestaciones de servicios.

A consecuencia de esos rumores, el responsable de Administración del Parlamento llamó a declarar a dos directivos de la empresa, quienes lo convencieron que esas alegaciones carecían de todo fundamento (así lo hizo constar en un informe dirigido al Secretario General del Parlamento, en el que también señalaba que, habida cuenta de la necesidad de organizar desde el punto de vista práctico el funcionamiento de los servicios por parte de la nueva sociedad, es preciso adoptar una decisión urgente: la Administración debe garantizar imperativamente, desde la reanudación de la actividad parlamentaria en enero de 1996, el transporte de los parlamentarios).

No obstante, el Director General de Administración propuso finalmente al PE una prórroga por un mes del contrato que vinculaba a la sociedad que prestaba hasta entonces los servicios de transporte (empresa que había quedado segunda en el procedimiento de adjudicación del contrato). Esta prórroga fue ampliada después en varios meses. Ante esta situación, la demandante se dirigió en dos ocasiones al PE para mostrar su sorpresa por no haber recibido el contrato firmado.

Mediante carta certificada de 19 de junio de 1996, el Parlamento informó a la demandante de que la licitación objeto de litigio había sido anulada y de que se había abierto de nuevo el procedimiento. Dicha carta señalaba, en particular, que el Parlamento había estimado que ninguna de las

licitaciones recibidas había sido considerada totalmente satisfactoria y que la Institución se había mostrado especialmente preocupada por ofrecer a los parlamentarios un servicio del más elevado nivel técnico, prestado por chóferes profesionales muy experimentados, lo cual no se desprendía con claridad meridiana de los documentos presentados por los licitadores. Se convocaría una nueva licitación, precisando de manera más explícita y detallada las exigencias del Parlamento.

Mediante escrito de fecha 22 de julio de 1996, la demandante requirió al Parlamento para que o bien no anulase la licitación objeto de litigio y le adjudicase el contrato, o bien la indemnizase de manera satisfactoria. Esta solicitud fue rechazada por el Parlamento, por lo que la empresa recurrió ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas.

B) *El reconocimiento de la existencia de responsabilidad extracontractual del Parlamento Europeo*

En su Sentencia de 17 de diciembre de 1998, el Tribunal se planteó en primer lugar si existía responsabilidad del Parlamento derivada de un contrato público de servicios. En este sentido, la demandante entendía que se había celebrado legalmente un contrato entre las partes, y que el Parlamento renunció unilateralmente al mismo y se negó a cumplirlo en los términos y condiciones previstos.

Para el Tribunal, la existencia de relaciones contractuales entre las partes supone que éstas hayan formalizado un contrato por escrito. La adjudicación del contrato únicamente podía producirse con carácter definitivo mediante la firma del contrato marco por las dos partes. Pues bien, dado que nunca se firmó el contrato marco, concluye el TPI que en el presente caso no existe un contrato válido.

Descartada la responsabilidad contractual, había que plantearse entonces la posible existencia de responsabilidad extracontractual.

La responsabilidad de la Comunidad en virtud del párrafo segundo del artículo 215 del Tratado y de los principios generales del Derecho a los que se remite esta disposición exige la concurrencia de un conjunto de requisitos en lo relativo a la ilegalidad del comportamiento imputado a la Institución, la realidad del perjuicio; así como la existencia de una relación de causalidad entre el comportamiento y el perjuicio que se alega.

En cuanto al carácter ilegal del comportamiento imputado, el TPI entiende que no concurre en el presente asunto ya que el Parlamento Europeo no estaba obligado a finalizar el procedimiento de adjudicación del contrato que había iniciado. En efecto, de acuerdo con el artículo 12 de la Directiva 92/50/CE, la entidad adjudicadora, en caso de anulación del procedimiento de adjudicación, está obligada simplemente a comunicar a los candidatos o licitadores que lo soliciten por escrito los motivos por los que haya decidido renunciar a la adjudicación de un contrato ofrecido.

En el presente caso, como señaló el Tribunal, no se finalizó el procedimiento de adjudicación del contrato de servicios de transporte, y la empre-

sa demandante no ha probado que el Parlamento, al estimar que ninguna de las ofertas recibidas era totalmente satisfactoria, incurrió en un error grave y manifiesto.

Pero ante el Tribunal también se planteó el posible comportamiento ilícito del Parlamento durante el procedimiento de licitación, en la medida en que a la demandante se le hicieron albergar esperanzas en la obtención del contrato y se le incitó a disponer todo lo necesario para que resultase operativa desde principios de enero de 1996.

En relación con el principio de confianza legítima, la jurisprudencia del TJCE señala que el derecho a reclamarlo se extiende a todo particular que se encuentre en una situación de la que se desprenda que la Administración comunitaria le hizo concebir esperanzas fundadas, siendo preciso determinar si un operador prudente hubiera podido protegerse de los riesgos en que se incurra en un determinado supuesto y que los operadores económicos igualmente deben soportar los riesgos económicos inherentes a sus actividades, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso (11).

Pues bien, en el caso de autos, tanto el Parlamento Europeo como la empresa demandante creían que esta última cumpliría un contrato de prestación de servicios de transporte a partir del 1 de enero de 1996. Si bien no se había pedido expresamente a la empresa que realizase las inversiones necesarias para disponer de una infraestructura que le permitiese desarrollar el servicio, está claro, razona el Tribunal, dadas las circunstancias del caso, que, al hacerlo, actuó de manera razonable y realista con el fin de cumplir las exigencias del Parlamento.

Por otro lado, el órgano de contratación debe respetar, en cada fase del procedimiento de adjudicación, no solamente el principio de igualdad de trato de los licitadores, sino también el de transparencia. Así, una sociedad estrechamente implicada en un procedimiento de adjudicación y a la que se consideró incluso vencedora de la licitación debe recibir, sin demora alguna, informaciones precisas referentes al desarrollo de todo el procedimiento. Sin embargo, la empresa no supo que no se le adjudicaría el contrato sino hasta seis meses después. El Parlamento tendría, pues, que haber informado a la demandante de las razones por las que no se le encomendaría el contrato a partir del 1 de enero de 1996.

En definitiva, el Parlamento, por una parte, hizo que la demandante albergase una confianza legítima, al incitarle a asumir un riesgo superior al que corren normalmente los licitadores en un procedimiento de adjudicación, y, por otra, no informó a la demandante del acaecimiento de un cambio significativo en el desarrollo del procedimiento de adjudicación. De ello deduce el Tribunal que el Parlamento incurrió en una falta que debe generar la responsabilidad extracontractual de la Comunidad.

Así, el Tribunal consideró que constituyen el perjuicio reparable los gastos y costes contraídos debido a la convicción de que se obtendría el

(11) Véanse, en este sentido, las Sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de marzo de 1987, asunto 265/85, Rec. 1987, pág. 1155, y de 26 de junio de 1990, C-152/88, Rec. 1990, pág. I-2477.

contrato: gastos de contratación, de reconocimientos médicos, formación de los chóferes, preparación de la flota de vehículos, contrato de telefonía y aparcamiento. Además, estimó que procedía indemnizar a la demandante por el perjuicio moral sufrido (en total, 5 millones de francos belgas —4,6 daños materiales y 0,4 daños morales—).

Sin embargo, al no generarse ninguna responsabilidad contractual, como hemos visto anteriormente, para el Tribunal, «la demandante carece de fundamento para exigir una indemnización por su pérdida de beneficios, ya que ello equivaldría a dar efectividad a un contrato que nunca existió».

C) *Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia*

La Sentencia se basa, pues, para reconocer la responsabilidad extracontractual del Parlamento Europeo en el principio de confianza legítima.

El principio de confianza legítima puede ser invocado por todo particular al cual una Institución comunitaria haya hecho albergar esperanzas fundadas. Por el contrario, nadie puede invocar una violación del principio de confianza legítima si la Administración no le ha dado unas seguridades concretas (Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 17 de febrero de 1998, asunto T-105/96, y de 31 de marzo de 1998, asunto 129/96).

El TJCE ha ido configurando desde sus orígenes todo un conjunto de principios generales del Derecho que han servido para interpretar el Derecho comunitario y para colmar las lagunas en él existentes. La formación de este conjunto de categorías generales y principios se ha producido, fundamentalmente, a través de la extensión, a todo el ámbito comunitario, de la remisión, prevista en el artículo 215 del Tratado de la Comunidad Europea en relación con la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, a los «principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros».

Desde el célebre caso *Algera*, de 1957 (Sentencia de 12 de julio de 1957), el Tribunal de Justicia ha expresado su voluntad de acudir, para la resolución de los problemas que se le plantean, a «las reglas reconocidas por las legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia de los países miembros». Estas categorías o principios generales han jugado un papel decisivo en la consolidación del cuerpo de Derecho público comunitario destinado a regir la actividad de la Comunidad y están impulsando decisivamente el desarrollo de un verdadero Derecho público común europeo.

Entre los principios generales formulados por el Tribunal de Justicia es preciso destacar, en primer lugar, los *derechos fundamentales* de las personas. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal, que recuerda la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) de 14 de mayo de 1998, asunto T-348/94:

«los derechos fundamentales son parte integrante de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza este

Tribunal (véanse, en particular, el Dictamen del Tribunal de Justicia, de 28 de marzo de 1996, 2/94, Rec., pág. I-1759, apartado 33, y la Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de mayo de 1997, *Kremzow*, C-299/95, Rec., pág. I-2629, apartado 14), de conformidad con las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como con los instrumentos internacionales en los que los Estados miembros han intervenido o a los que se han adherido. El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 presenta en este orden una singular relevancia. Por otra parte, a tenor del apartado 2 del artículo F del Tratado de la Unión Europea, la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario».

Junto a los derechos fundamentales, el Tribunal ha ido estableciendo toda una serie de principios generales cuyo respeto impone no sólo a las instituciones comunitarias, sino también a todas las autoridades nacionales encargadas de aplicar el Derecho comunitario. Entre estos principios hay que resaltar, de acuerdo con la jurisprudencia reciente del TJCE, el *principio de igualdad* (como ha señalado el Alto Tribunal, las normas sobre igualdad de trato no sólo prohíben las discriminaciones abiertas basadas en la nacionalidad, sino también todas las formas encubiertas de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, abocan de hecho al mismo resultado —Sentencias de 12 de junio de 1997, de 26 de octubre de 1999 y de 11 de enero de 2000—), el de *seguridad jurídica* (que tiene por finalidad garantizar la previsibilidad de las situaciones y de las relaciones jurídicas que entran dentro del ámbito del Derecho comunitario —Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de febrero de 1998—) o el de *proporcionalidad* (que exige que los actos de las Instituciones comunitarias no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos —Sentencia de 5 de mayo de 1998, asunto 157/96, sobre la enfermedad denominada de las «vacas locas»—).