

## EL CONTROL DEL DERECHO COMUNITARIO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS (\*)

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN.—1. LAS DIFICULTADES DEL CONTROL DE LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS: 1.1. *Las diferencias e insuficiencias de los sistemas nacionales de control.* 1.2. *Los poderes limitados de control por la Comisión de las Comunidades Europeas.*—2. LA ARMONIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS JURÍDICAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS: 2.1. *Actos que pueden ser objeto de recurso.* 2.2. *Sujetos que se protegen.* 2.3. *¿Recursos administrativos o jurisdiccionales?* 2.4. *Medidas que pueden adoptar los organismos responsables de los recursos.* 2.5. *La cuestión sobre quién adoptará las medidas.*—3. EL REFORZAMIENTO DE LOS SISTEMAS DE CONTROL POR LA COMISIÓN: 3.1. *Introducción.* 3.2. *Supuesto de hecho en el que puede utilizarse este procedimiento.* 3.3. *Contenido del requerimiento de la Comisión.* 3.4. *Respuesta del Estado miembro al requerimiento.* 3.5. *Relación de este procedimiento con el artículo 169 del Tratado.* 3.6. *Aplicabilidad directa del procedimiento sumario.*—4. RECAPITULACIÓN: LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN LA CORRECTA APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO DE CONTRATOS PÚBLICOS.

### INTRODUCCIÓN

El Consejo de Ministros de la CEE ha aprobado recientemente la Directiva, 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.

---

(\*) La situación actual de los trabajos comunitarios en el campo de la llamada apertura de los mercados públicos es la siguiente. Las viejas Directivas reguladoras de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras y de suministros (71/305/CEE y 77/62/CEE) han sido modificadas recientemente por las Directivas 89/440/CEE y 88/195/CEE, respectivamente, reforzando los mecanismos de transparencia en los contratos adjudicados por los poderes públicos. Los servicios de la Comisión han anunciado que presentarán próximamente un texto refundido de estas Directivas.

La Comisión está a punto de cerrar el círculo de las normas sobre contratos de los poderes públicos mediante una propuesta de Directiva para la regulación de los contratos de servicios, propuesta que está en avanzado estudio y que fue presentada informalmente en el último Congreso de la FIDE, celebrado en Madrid, por lo que es esperable que las discusiones comiencen en 1991.

Como las directivas anteriores, llamadas clásicas, no regulaban las obras y los suministros de las empresas prestadoras de los servicios de abastecimiento de agua, energía, transporte y telecomunicaciones, la Comisión presentó dos pro-

Su valor como precedente en la legislación comunitaria es indudable, ya que por primera vez el Derecho Comunitario se introduce en las legislaciones nacionales de carácter procesal, con el fin de que las garantías jurídicas nacionales sean uniformes en todo el territorio de la Comunidad.

La Directiva es relativamente breve (consta de sólo seis artículos), pero es sustanciosa en lo que se refiere a su contenido, al que vamos a dedicar un comentario en este artículo.

### I. LAS DIFICULTADES DEL CONTROL DE LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Como se sabe, las normas comunitarias de los contratos públicos de obras y suministros están contenidas en una serie de Directivas (1) que deben ser incorporadas a las legislaciones nacionales de los Estados miembros. Estas Directivas, sin embargo, sólo habían contemplado las normas sustantivas de los procedimientos de contratación de estos contratos y no había norma alguna relativa a los mecanismos de garantía y de control y cumplimiento (2). Por lo tanto, correspondía a los propios Estados miembros el instrumentar esta garantía y a las instituciones comunitarias, señaladamente la Comisión y el Tribunal de Justicia, el velar por la correcta aplicación de aquellas Directivas.

puestas en 1989 para cubrir estas lagunas, propuestas que se refundieron en los trabajos legislativos posteriores y que dieron lugar, finalmente, a la Directiva 90/531/CEE, del Consejo, 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, llamada desde entonces «Directiva de las empresas de sectores públicos».

En relación con estos sectores los trabajos comunitarios no han terminado todavía. En el momento en el que se escribe esta nota se está discutiendo la propuesta de Directiva del Consejo relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de la normativa comunitaria sobre los procedimientos de adjudicación de contratos de las entidades de los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones —COM (90) 297 final - SYN 292, de 30 de julio de 1990— conocida en los medios comunitarios con el nombre más simple de «directiva de recursos para las empresas de servicios públicos», y cuyo contenido es, en parte, similar al de la Directiva objeto de comentario en este artículo.

Por último, está previsto también que la Comisión presente una propuesta para la regulación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de servicios en estas empresas, lo que debería suponer el definitivo fin de los trabajos legislativos de apertura de estos mercados en Europa.

(1) Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1977, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, modificada en último término por la Directiva 89/440/CEE y 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, modificada por última vez por la Directiva 88/295/CEE.

(2) Para una visión completa y clara del contenido de estas Directivas, véase el *Vademecum* sobre los contratos públicos en la Comunidad, publicado por la Comisión de las Comunidades en el «DOCE» de 31 de diciembre de 1987.

En pura teoría, este cuadro de control, idéntico al que se aplica con carácter general en los problemas de aplicación del Derecho Comunitario, se ha demostrado bastante ineficiente por dos tipos de razones. De un lado, ni todos los Estados miembros disponían de legislaciones nacionales garantizadoras de las normas comunitarias de contratación, ni las legislaciones nacionales existentes en algunos Estados miembros han sido eficaces para exigir su cumplimiento. Por otra parte, los mecanismos puramente comunitarios de control de las Directivas eran manifiestamente insuficientes, pues únicamente podían llegar a constatar que los Estados miembros incumplían las obligaciones derivadas del Tratado, sin que en la práctica estas infracciones modificasen el estado de las cosas.

### 1.1. *Las diferencias e insuficiencias de los sistemas nacionales de control*

En efecto, si realizamos un repaso de las legislaciones y prácticas nacionales de garantía y control de las normas comunitarias en materia de contratos públicos, la situación puede ser descrita como insuficiente (3). Aunque en general en casi todos los países de la Comunidad se reconoce la posibilidad de presentar recursos administrativos, sólo unos pocos disponen de una legislación clara y general al respecto (Dinamarca, Grecia, Portugal y España), y sólo dos países (Dinamarca y España) reconocen teóricamente la posibilidad de indemnizar de daños y perjuicios. En la práctica totalidad de los países, sólo se puede anular un procedimiento de adjudicación si no se ha celebrado todavía el contrato. En algunos, además, no existen disposiciones expresas que instrumenten esta vía (Holanda, Reino Unido, República Federal de Alemania, Irlanda).

La disparidad de las legislaciones nacionales de control de los contratos resulta mucho más acusada en el plano jurisdiccional. El origen de estas diferencias se encuentra en las distintas naturalezas jurídicas de los contratos e incluso de la técnica de transposición. Así, en algunos países, los contratos tienen un carácter marcadamente privado (como en Dinamarca o en la RFA), mientras que en otros es totalmente público (como en Francia). Por lo que se refiere a la transposición, en unos Estados se realiza mediante instrucciones de tipo interno, desprovistas de carácter legal (RFA), mientras que en otros la transposición se ha realizado con toda la fuerza del Derecho (los países de tradición administrativa francesa: Francia, Italia, España, Portugal, Bélgica, Luxemburgo y Holanda).

---

(3) Un resumen de la situación existente en los Estados miembros de la CEE puede verse en *Le contrôle de la réglementation communautaire en matière de marchés publics*, de H. LABYLE, publicado en la «Revue du Marché Commun», número especial 332, de diciembre de 1989, págs. 625 y ss. Para una descripción más detallada de la situación en el Reino Unido, en la RFA y en el Benelux, puede verse *Les marchés publics européens*, publicado por la «Revue Française de Droit Administratif», págs. 37 y ss.

Resulta de lo anterior, que existen países en la Comunidad en los que la celebración de un contrato no podía ser anulada ante los Tribunales (RFA y Holanda), mientras que en otros los Tribunales sólo pueden declarar la nulidad de actos contrarios a la legislación, pero no la del contrato incorrectamente adjudicado (como sucede, en teoría, en Francia, España y Portugal).

En cualquier caso, si pasamos de la teoría a la práctica, es preciso reconocer que incluso en los países con un sistema jurídico de garantías ampliamente desarrollado o sofisticado, como el español, son muy raros los casos en los que los Tribunales han acordado la nulidad de los contratos y/o la indemnización de daños y perjuicios a los licitadores ilegalmente excluidos.

## 1.2. *Los poderes limitados de control por la Comisión de las Comunidades Europeas*

Entrando ahora en el escalón comunitario, tampoco la Comisión, cuyo papel de garantía del cumplimiento del Derecho Comunitario es innegable, dispone de poderes suficientes como para subsanar la situación existente en la Comunidad. En efecto, la Comisión dispone, es verdad, de amplios poderes para la persecución a los Estados miembros en los trabajos de transposición de las Directivas, pero estas mismas Directivas de contratos dejan un gran margen de maniobra a los Estados miembros sobre los medios útiles para alcanzar sus objetivos.

Sin embargo, ni el Tratado ni las Directivas comunitarias autorizan a la Comisión a intervenir en los procedimientos de adjudicación de los contratos, de modo que esta institución se siente obligada a presenciar impasible una eventual infracción de la normativa comunitaria sin poder hacer nada.

En este sentido, únicamente en una medida limitada, la Comisión ha intentado que al menos los contratos de suministros y de obras que sean cofinanciados por la Comunidad, estarán sometidos a las Directivas comunitarias, estableciendo la sanción de la retirada de tal financiación si no se cumplen sus Directivas. Esta medida, aunque carece de un apoyo jurídico explícito en las Directivas, resulta a todas luces lógica, ya que los fondos comunitarios provienen de todos los Estados miembros y, en consecuencia, parece lógico que las compras y las obras financiadas con dichos fondos estén abiertos a la concurrencia comunitaria.

Cerrando el círculo del control comunitario, es necesario recordar, finalmente, que una eventual intervención del Tribunal de Justicia con motivo de la infracción de una norma comunitaria de contratación tampoco cambia las cosas fundamentalmente.

Esta conclusión se obtiene porque, aunque es cierto que el Tribunal puede suspender un procedimiento de adjudicación de un contrato y que se conoce al menos un caso en el que se aplicó esta medida (4),

(4) Comisión contra Italia, asunto 194/88.

al final del proceso el Tribunal sólo puede constatar dichas infracciones, pero sus sentencias carecen de efectos jurídicos respecto de los contratos de que se trate.

Es, pues, en este contexto en el que se sitúa la Directiva que comentamos, ya que su objeto no es otro que establecer en todos los Estados miembros unos recursos eficaces contra las infracciones del Derecho Comunitario, en los que sea posible anular estas infracciones y en los que se garantice, como mínimo, la indemnización de daños y perjuicios. Por otra parte, la Directiva crea un nuevo procedimiento de intervención de la Comisión, rápido y sumario, con el fin de poder adelantarse a las infracciones.

## 2. LA ARMONIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS JURÍDICAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS

La armonización de los sistemas nacionales de recursos de los Estados miembros está regulada en los artículos 1 y 2 de la Directiva. Estos preceptos han sido redactados de un modo bastante defectuoso, razón por la cual preferimos analizar su contenido siguiendo un orden que, aunque es arbitrario, nos permita clarificar su sentido. En este orden, comentaremos cuáles son los actos que podrán ser objeto de recurso en los Estados miembros, las personas que podrán recurrirlos, las características de los recursos y de los organismos que los resuelven, así como las medidas que pueden ser adoptadas por dichos organismos.

### 2.1. *Actos que pueden ser objeto de recurso*

Según se desprende del artículo 1, párrafo 1, los recursos deberán garantizar unos actos que reúnen tres condiciones:

- a) ser «decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores»;
- b) ser decisiones adoptadas en «los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 71/305/CEE y 77/162/CEE», y
- c) ser decisiones que «hayan infringido el Derecho Comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de transposición del citado Derecho».

De la primera condición parece destacarse que al hablar de «decisiones», la Directiva restringe los recursos a aquellos actos con relevancia para terceros y con la suficiente fuerza vinculante como para condicionar los procedimientos de adjudicación. No se incluyen, por lo tanto, los actos de trámite que no tengan esta fuerza vinculante o los que no son todavía perfectos. Por supuesto, las Decisiones deben ser adoptadas por los poderes adjudicadores, de manera que no se protegen

aquí otras decisiones adoptadas por otros poderes que estén relacionadas con aquéllos.

La segunda condición exige que las decisiones estén relacionadas directamente con procedimientos de adjudicación. Por lo tanto, contra los actos previos (estudios, proyectos) o posteriores (celebraciones de contratos) a tales procedimientos, la Directiva no obliga a instrumentar recurso alguno.

Por último, la tercera condición supone que tales recursos sólo podrán utilizarse si se infringe el Derecho Comunitario en materia de contratos públicos, pero no si se infringen otras disposiciones del Derecho Comunitario u otras normas nacionales. En este sentido, la Directiva se autolimita considerable pero necesariamente, ya que, en otro caso, estaríamos ante una norma comunitaria general. La mención al «Derecho Comunitario» permite pensar que no sólo se refiere a las Directivas 71/305/CEE y 77/62/CEE, sino también a la jurisprudencia que las interprete y al resto de las normas del Tratado o del Derecho Derivado que son aplicables a los contratos públicos.

## 2.2. *Sujetos que se protegen*

El párrafo 3 del artículo 1 especifica quiénes son los sujetos que se beneficiarán de la protección mencionada en la Directiva. Se trata de

«... cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministros o de obras y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción».

Las claves de esta definición son, a mi juicio, dos: el «interés» y el «perjuicio», que son conceptos jurídicos indeterminados cuya concreción será difícil de alcanzar de un modo uniforme en Europa. A mi juicio, la mejor manera de evitar interpretaciones divergentes consiste en realizar la más amplia interpretación posible de ambos conceptos, lo que se podría justificar, precisamente, en que el objetivo de la Directiva es instaurar garantías amplias para todos cubriendo las lagunas existentes.

Por lo que se refiere al «interés», parece claro que la persona que debe ser protegida ha de manifestarlo expresamente en algún momento del procedimiento. Así, por ejemplo, una vez que se ha anunciado públicamente el contrato en el «DOCE», toda empresa que haya solicitado información o que se haya presentado puede considerarse «interesada» en el mismo. Si, al contrario, una empresa no se presentó a la licitación en el plazo previsto, debería considerarse como no interesada.

Siguiendo nuestra línea de interpretación amplia y extensa, si un contrato no ha sido anunciado convenientemente, cualquier empresa que reuniese *a priori* capacidad suficiente para licitar ha de considerarse interesada en el mismo.

En lo que respecta al «perjuicio», conviene resaltar que ha de tener siempre una conexión directa e inmediata con una «presunta infracción», excluyéndose, como es lógico, los perjuicios derivados de actuaciones y decisiones legítimas o ajustadas a derecho. Sin embargo, conviene hacer notar que no basta con que el perjuicio se haya producido realmente, sino que es suficiente con que «pueda» producirse o exista una amenaza de posible producción. Así, por ejemplo, la existencia de unas condiciones técnicas que formalmente no son discriminatorias pero que puedan producir la discriminación, debe ser justificación suficiente para presentar un recurso. En este sentido, de nuevo la interpretación amplia sobre la legitimación subjetiva para recurrir parece ser el criterio del legislador comunitario.

Ahora bien, la dicción del párrafo que comentamos parece sugerir que el perjuicio real o potencial debe estar conectado también con la persona que tiene interés en obtener el contrato. Se elimina, así, el abuso de derecho que podría darse si cualquier licitador pudiese presentar recursos, paralizando procedimientos, aunque no hubiese un perjuicio directo contra él.

### 2.3. *¿Recursos administrativos o jurisdiccionales?*

La Directiva mantiene respecto de los recursos administrativos una posición ambigua, resultante sin duda del compromiso de los gobiernos en relación con la materia.

En efecto, los recursos administrativos aparecen por primera vez en el párrafo 3 del artículo 1, donde se dice que «los Estados miembros podrán exigir que la persona que desee utilizar [los procedimientos de recurso] haya informado previamente al poder adjudicador de la presunta infracción y de su intención de presentar recurso». Se trata, pues, de una especie de recurso de reposición ante el mismo poder adjudicador, pero es obvio que el legislador comunitario no desea centrar su atención en él, sino que quiere que existan unas garantías más fuertes.

Si por recursos administrativos entendemos aquellos que son resueltos por órganos de la Administración o de naturaleza administrativa, entonces la Directiva contempla su existencia en el párrafo 8 del artículo 2, donde menciona precisamente «los órganos responsables de los procedimientos de recurso [que] no sean de carácter jurisdiccional». Ahora bien, este precepto dice inmediatamente, reflejando un claro escepticismo sobre su eficacia, que cualquier decisión de dichos organismos «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».

Por lo tanto, la Directiva permite que un Estado miembro organice el sistema de garantía sobre la base de tres instancias: una primera frente al propio poder adjudicador; una segunda frente a un organismo que puede ser administrativo; y una tercera que será siempre un orga-

nismo jurisdiccional en el sentido del artículo 177 del Tratado. Ahora bien, está claro que para la Directiva las dos primeras instancias no son ni obligatorias ni suficientes, sino que, al contrario, considera que la tercera instancia es la única que verdaderamente garantiza a las empresas un tratamiento imparcial e independiente de los litigios y de las presuntas infracciones. Teniendo en cuenta que la experiencia demuestra que los recursos administrativos son más una carga que una garantía, el enfoque del legislador comunitario resulta correcto.

Sin embargo, la Directiva se ha manifestado temerosa de ir demasiado lejos en relación con este problema, pues la referencia al artículo 177 del Tratado significa que esta última instancia no será, en sentido estricto, un poder jurisdiccional puro, insertado en la estructura del poder judicial, que goce del estatuto constitucional de la división de poderes y demás garantías. En efecto, según el Tribunal de Justicia un organismo jurisdiccional en el sentido del artículo 177 del Tratado es un concepto comunitario que hace referencia a cualquier organismo que reúna los siguientes criterios (5): el origen legal, la permanencia, la jurisdicción obligatoria, el procedimiento contradictorio y el decidir en derecho. Además, como indica Rosario SILVA (6), no es necesario que estas condiciones se den juntas, de modo que cabe considerar como jurisdicción incluso a un «organismo profesional, actuando bajo una cierta tutela administrativa», al que un Estado confía la competencia para ejecutar las disposiciones comunitarias.

Quizá porque la jurisprudencia del artículo 177 es así de amplia y flexible, la Directiva contiene requisitos especiales sobre los organismos que no tengan carácter jurisdiccional: estatuto judicial de sus miembros; calificación judicial del presidente; procedimientos contradictorio; y efectos jurídicos vinculantes (art. 2, párrafo 6).

La explicación de esta espinosa cuestión radica en que algunos Estados miembros (RFA y Holanda) no deseaban introducir en sus legislaciones nuevos Tribunales jurisdiccionales, y querían poder atribuir las facultades previstas en esta Directiva a Tribunales de Arbitraje ya existentes (Holanda) o a crear especialmente (RFA).

#### 2.4. *Medidas que pueden adoptar los organismos responsables de los recursos*

Las medidas a que se refiere la Directiva y que podrán ser adoptadas por los organismos responsables de los recursos pueden ser clasificadas en dos categorías: las medidas provisionales y las medidas definitivas.

Las medidas provisionales no están descritas específicamente, salvo en lo que se refiere a la suspensión del procedimiento o de las decisio-

(5) Asunto 61/65 (Veuve G. Vaassen-Gobbels, Rec. 1966, pág. 377).

(6) *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, La Ley, págs. 188 y ss.

nes, sino que abarcan cualesquiera que sirvan «para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados» (art. 2, párrafo 1, letra *a*). Las medidas provisionales son decisión discrecional del organismo competente, sin que la presentación de un recurso pueda tener automáticamente efectos suspensivos (art. 2, párrafo 3). Es más, la Directiva admite que el organismo competente, ponderando las «consecuencias probables» que pueden provocar para el «interés general», puede «decidir no concederlas cuando las consecuencias negativas pudieran superar sus ventajas» (art. 2, párrafo 4).

Las medidas definitivas, sin embargo, son mencionadas expresamente: la anulación de las decisiones ilegales y la indemnización de daños y perjuicios (art. 2, párrafo 1, letras *b* y *c*). Ambas carecen de conexión o relación en la Directiva, de modo que los Estados miembros pueden establecer que sea necesario primero anular las decisiones, antes de proceder a la indemnización (párrafo 5 del art. 2), o que el organismo competente pueda adoptar simultáneamente ambas medidas, o incluso que «una vez celebrado el contrato consecutivo a la adjudicación, los poderes del organismo responsable de los procedimientos de recurso se limiten a indemnizar por daños y perjuicios» (párrafo 6 del art. 2).

Por lo tanto, la Directiva tampoco ha querido ir aquí demasiado lejos en la coordinación de las disposiciones de los Estados miembros, llegándose a dar el caso que un Estado introduzca únicamente como obligatoria la indemnización de los daños y perjuicios.

## 2.5. *La cuestión sobre quién adoptará las medidas*

Es ésta una cuestión que ha quedado abierta en la Directiva y que, a mi juicio, puede hacerla ineficaz para el propósito que quiere alcanzar. En efecto, el artículo 2, párrafo 2, dice con claridad que las medidas provisionales y definitivas «podrán conferirse a organismos diferentes». Además, los Estados miembros pueden establecer que la anulación y la indemnización sean acordadas por organismos diferentes (párrafo 5 del art. 2). Por lo tanto, ningún precepto de la Directiva establece con claridad que las medidas provisionales, la suspensión, la anulación o la indemnización deberán ser acordadas por los organismos jurisdiccionales antes mencionados. Esto significa que un Estado miembro puede implantar un sistema en el que las medidas provisionales, la suspensión, la anulación y la indemnización sean acordadas por un organismo administrativo, mientras que el organismo jurisdiccional quedaría limitado a revisar «cualquier medida presuntamente ilegal» o «cualquier presunta infracción» del organismo administrativo en una especie de recurso de legalidad. Si añadimos, además, que ese organismo jurisdiccional puede tener las características atenuadas que hemos comentado, podemos concluir que la coordinación de las legislaciones es todavía demasiado tenue.

### 3. EL REFORZAMIENTO DE LOS SISTEMAS DE CONTROL POR LA COMISIÓN

#### 3.1. *Introducción*

Hasta el momento, los poderes de la Comisión para controlar la aplicación del Derecho Comunitario de contratos públicos adolece de grandes deficiencias para ser eficaz. Las razones son que el único procedimiento posible en manos de la Comisión consiste en aplicar el artículo 169 del Tratado, que no permite ni que los procedimientos se suspendan, ni que la decisión sobre una eventual infracción sea reconocida rápidamente antes de que los hechos sean ya irreparables. De aquí que la nueva Directiva introduzca un nuevo procedimiento, que podemos llamar sumario, en el que la Comisión puede intervenir ante las autoridades nacionales, con el fin de evitar tales decisiones irreparables.

El procedimiento es sencillo: la Comisión puede dirigirse al Estado miembro y al poder adjudicador, indicándole las razones por las cuales considera que se ha cometido una infracción y solicitando su corrección, y el Estado miembro deberá contestar en el plazo de veintiún días a dicho escrito. Veamos, sin embargo, los matices que están presentes en este nuevo procedimiento.

#### 3.2. *Supuesto de hecho en el que puede utilizarse este procedimiento*

El supuesto de hecho a partir del cual la Comisión puede hacer uso de este artículo exige dos condiciones.

La primera de ellas es que «se ha cometido una infracción clara y manifiesta de las disposiciones comunitarias en materia de contratos públicos». La referencia a que la infracción deba ser «clara y manifiesta», induce a pensar que la Comisión no puede usar este procedimiento en cualquier circunstancia, sino que debe realizar un examen crítico del caso que permita constatar que hay algo más que una suposición. Así, por ejemplo, la falta de publicación del anuncio de un futuro contrato es fácil de detectar y, si el poder adjudicador está aparentemente incluido en el campo de aplicación de las directivas, puede considerarse que hay una infracción clara y manifiesta.

Si la Comisión no realiza este chequeo previo y asume cualquier denuncia de una empresa licitadora excluida en el procedimiento, entonces nos encontraríamos con un abuso en el uso de estos poderes. Así, por ejemplo, no parece que pueda ser considerada como «infracción clara y manifiesta» la decisión de un poder adjudicador de contratar con una empresa A, aunque la empresa B hubiese presentado una oferta económicamente más ventajosa, si se han tenido en cuenta otros criterios, tales como implantación territorial o capacidad técnica.

La experiencia demuestra, no obstante, que la Comisión tenderá a

considerar que si la decisión perjudica a una empresa comunitaria en beneficio de una empresa nacional habrá motivos suficientes para acoger las denuncias y para considerar que se cumple este requisito.

La segunda condición es que la infracción se produzca «durante un procedimiento de adjudicación de contrato comprendido en el ámbito de aplicación de las Directivas 71/305/CEE y 77/62/CEE». Por lo tanto, ni se puede utilizar con motivo de infracciones cometidas en contratos sometidos a otras Directivas, ni a decisiones que no tengan relación con los procedimientos de adjudicación propiamente hablando.

Esta segunda condición plantea algunas dificultades prácticas cuando la presunta infracción consiste, precisamente, en no aplicar de plano las normas comunitarias. La Comisión puede entender, por ejemplo, que un poder adjudicador entra en el campo de aplicación de las Directivas o que el contrato de que se trate está regulado en las mismas, y haga uso de este procedimiento. De nuevo la necesidad de que se produzca un mínimo chequeo de las denuncias evitaría un abuso que, en definitiva, redundaría en un desgaste del procedimiento.

### 3.3. *Contenido del requerimiento de la Comisión*

La Directiva no dice mucho sobre el contenido del requerimiento, ya que se limita a mencionar «las razones», la «solicitud de corrección» y el plazo de veintiún días. Sobre las razones puede servir lo señalado anteriormente, en el sentido de que la Comisión debe motivar suficientemente sus escritos.

Sobre la solicitud de corrección, cabe decir que indudablemente la Directiva piensa en las infracciones de fondo en que incurre el procedimiento, tales como la eliminación de cláusulas discriminatorias, publicación de los anuncios de procedimientos abiertos, pero que no está pensando en suspensión, ya que ésta sería una decisión provisional que no necesariamente implica la corrección de una infracción.

### 3.4. *Respuesta del Estado miembro al requerimiento*

Ante un requerimiento, el Estado miembro puede hacer sólo una cosa: contestar en el plazo de veintiún días. La contestación puede tener tres contenidos:

- comunicar que se ha corregido la infracción;
- comunicar que no se ha realizado ninguna corrección;
- y notificar la suspensión del procedimiento.

En el primer caso no existe ninguna previsión en la Directiva, por lo que ha de suponerse que se cierra el procedimiento sin más trámite.

En el segundo caso, las cosas son un poco más complicadas. La res-

puesta en la que se diga que no se ha hecho ninguna corrección debe motivarse y explicarse suficientemente. Uno puede imaginarse que tal motivación tenderá a provocar un conflicto entre el Estado miembro y la Comisión, generalmente de interpretación o de aplicación de las normas comunitarias, ya que el Estado miembro dirá que el contrato de que se trate no entra en el campo de aplicación de la Directiva o algo parecido.

Sin embargo, a los efectos de esta Directiva, el párrafo 4 señala que una motivación suficiente es la de la existencia de un recurso contra las presuntas infracciones. Esto sugiere un comentario: dado que los recursos deberán presentarse, normalmente, por las empresas licitadoras, los Estados miembros quedan en manos de éstas para poder alegar este motivo.

Finalmente, un Estado miembro puede contestar a la Comisión que el procedimiento ha sido suspendido, en cuyo caso la decisión sobre el fondo queda aplazada. Entonces, el Estado miembro deberá notificar lo que suceda posteriormente: si se ha corregido o no la infracción.

### 3.5. *Relación de este procedimiento con el artículo 169 del Tratado*

La Directiva no dice nada sobre la relación de este procedimiento con el que se menciona en el artículo 169 del Tratado. En la propuesta original se decía que este requerimiento debía considerarse como una carta de emplazamiento a los efectos de dicho artículo, pero los Estados miembros no debieron considerarlo así. Por lo tanto, será necesario construir una doctrina al respecto.

A mi juicio, el nuevo procedimiento significará dos cosas desde el punto de vista del artículo 169:

- De un lado, introduce nuevas obligaciones a los Estados miembros, cuyo incumplimiento puede ser objeto de una aplicación del artículo 169. Me refiero, en concreto, a las obligaciones de contestar en un plazo determinado y de informar y motivar estas contestaciones.
- De otro, el nuevo procedimiento permitirá a la Comisión conocer rápidamente de infracciones al Derecho Comunitario por los poderes adjudicadores y, en su caso, utilizar precisamente de este artículo para luchar contra ellas. Ahora bien, como el requerimiento no es una carta de emplazamiento en el sentido del artículo 169, la Comisión deberá comenzar enviando dicha carta cuando la respuesta del Estado miembro no le resulte satisfactoria.

### 3.6. *Aplicabilidad directa del procedimiento sumario*

En los próximos años, ésta será una cuestión fundamental. La Directiva entra en vigor desde que fue notificada a los Estados miembros,

pero éstos disponen de «dos años desde su adopción para poner en vigor las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva» (art. 5). La cuestión consiste en saber si este plazo transitorio es aplicable a este artículo 5 o si, siguiendo la terminología del Tribunal, esta disposición es lo suficientemente precisa como para ser directamente aplicable sin necesidad de transposición nacional.

A mi juicio, en efecto, el artículo 5 no necesita ninguna medida nacional especial, por lo que ya puede ser utilizado por la Comisión. Únicamente podría exigirse a éste dos acciones destinadas a dar seguridad jurídica a todos los destinatarios: de un lado, no comenzar su aplicación hasta que se hubiese publicado la Directiva en el «DOCE», y, de otro lado, que la Comisión publicase su propósito de aplicar inmediatamente su decisión mediante una comunicación u otro documento similar. Si no se realizan estas manifestaciones públicas, los destinatarios finales del procedimiento, los poderes adjudicadores, podrían alegar indefensión.

#### 4. RECAPITULACIÓN: LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN LA CORRECTA APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO DE CONTRATOS PÚBLICOS

La aprobación de la Directiva que hemos comentado supone, por lo tanto, que los Estados miembros pondrán a disposición de las empresas europeas los instrumentos que las permitirán luchar por sí mismas contra las infracciones del Derecho Comunitario. Los Estados miembros habrán cumplido con su obligación con la Directiva adoptando las normas que sean necesarias. Esto sugiere una última reflexión final a partir de la siguiente pregunta: ¿la responsabilidad de los Estados miembros en materia de contratos públicos quedará finalmente cubierta cuando tal transposición quede realizada? O, dicho de otro modo, como la protección de las normas comunitarias estará garantizada con diversos sistemas de recursos en manos de las empresas, ¿puede pensarse que la reponsabilidad de los Estados miembros se trasladará a las partes que intervienen en estos contratos, liberando a aquéllos de la carga de responder por las infracciones del Derecho Comunitario?

A mi juicio, una respuesta afirmativa a esta cuestión, aun con algunos matices, se impone por la propia lógica de las cosas. En efecto, supuesto que un Estado miembro haya dictado las normas reguladoras de los recursos, y supuesto que haya creado los órganos necesarios para su aplicación, dicho Estado miembro, en cuanto que Estado parte de los Tratados, ha cumplido con las obligaciones comunitarias, y no parece lógico trasladarle a él las infracciones que puedan realizar los poderes adjudicadores, ni asumir la defensa de unas partes, las empresas licitadoras, que disponen de medios suficientes para su defensa.

Así, no parece lógico que los Estados miembros deban responder ante la Comisión si los poderes adjudicadores incumplen la normativa

comunitaria, si las empresas licitadoras no se defienden o lo hacen defectuosamente, o si los Tribunales no responden adecuadamente a las expectativas de dichas empresas o de la Comisión. En todos estos ejemplos, son las partes que entran en juego las que deben utilizar al máximo todas sus facultades, del mismo modo que, por ejemplo, en el derecho de sociedades tampoco se responsabiliza a los Estados miembros de la defectuosa aplicación de las directivas comunitarias por las empresas o por los Tribunales, o en el derecho de la competencia si las empresas adoptan prácticas colusorias o abusan de posición dominante.

Por lo que se refiere a los efectos jurídicos y a las adaptaciones que sea necesario introducir en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que el contenido de la Directiva no es excesivamente ambicioso, creo que puede afirmarse con bastante solidez que su entrada en vigor no supondrá un cambio de nuestro sistema jurídico.

En efecto, como es de sobra conocido, en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo los actos de adjudicación de los contratos administrativos pueden ser anulados por la propia Administración y por los interesados, pudiendo dar lugar a la indemnización de daños y perjuicios y siendo impugnables las decisiones ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Por lo tanto, puede concluirse que la presente Directiva nace ya transpuesta al Derecho español.

Gonzalo SAMANIEGO BORDIU  
Vocal Asesor para Asuntos Jurídicos  
de la Secretaría de Estado para las Comunidades Europeas

## BIBLIOGRAFIA

