CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. MICHAEL B. ELMER

presentadas el 11 de mayo de 1995 *

1. El presente asunto versa sobre la cuestión de si la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado al no atenerse, antes del 3 de febrero de 1993, a dos Directivas relativas, respectivamente, a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministros y a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras.

2. La primera de estas Directivas es la Directiva 88/295/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1988, por la que se modifica la Directiva 77/62/CEE de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro y por la que se derogan determinadas disposiciones de la Directiva 80/767/CEE [1] (en lo sucesivo, «Directiva 88/295»). Según el artículo 20 de esta Directiva, los Estados miembros debían adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a la Directiva antes del 1 de enero de 1989 e informar de ello inmediatamente a la Comisión. En la República Federal de Alemania, la adaptación a la Directiva se efectuó provisionalmente a través de una «innerstaatliche Verwaltungsvorschrift» (circular), enviada mediante escrito del Ministro federal de Economía de 22 de diciembre de 1988. Por otra parte, el Deutscher Verdingungsausschuß für Leistungen —ausgenommen Bauleistungen— (Comité permanente en materia de adjudicación de contratos, excluidos los contratos de obras) efectuó, a la luz de la Directiva, modificaciones del Verdingungsordnung für Leistungen —ausgenommen Bauleistungen— Teil A (régimen aplicable a la adjudicación de contratos de suministro, excluidos los contratos de obra, parte A; en lo sucesivo, «VOL/A»); las disposiciones modificadas fueron publicadas por el Ministro Federal de Economía en el *Bundesanzeiger* (Boletín Federal de anuncios oficiales) el 6 de marzo de 1990.

3. La segunda Directiva es la Directiva 89/440/CEE del Consejo, de 18 de julio de 1989, que modifica la Directiva 71/305/CEE sobre coordinación de los procedimientos de celebración de los contratos públicos de obra [2] (en lo sucesivo, «Directiva 89/440»). Según el artículo 3 de esta Directiva, los Estados miembros debían adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a la Directiva, a más tardar, un año después de su notificación, e informar de ello inmediatamente a la Comisión. La Directiva fue notificada a los Estados miembros el 19 de julio de 1989 y el plazo de adaptación a la Directiva expiraba, por lo tanto, el 19 de julio de 1990. El Deutscher Verdingungsausschuß für Bauleistungen (Comité permanente en materia de adjudicación de contratos de obra) refundió, a la luz de la Directiva, el Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil A (régimen aplicable a la adjudicación de contratos de obra, parte A; en lo sucesivo; «VOB/A»); las disposiciones modificadas

* Lengua original: danés.

1 — DO L 127, p. 1.

2 — DO L 210, p. 1.

fueron publicadas por el Ministerio Federal de Ordenación Territorial, Construcción y Urbanismo en el *Bundesanzeiger* el 19 de julio de 1990.

4. Mediante escritos de requerimiento de 27 de febrero de 1992, la Comisión informó a la República Federal de que, en su opinión, no se habían adoptado en la República Federal de Alemania las medidas de adaptación necesarias en relación con estas Directivas. A juicio de la Comisión, el VOL/A y el VOB/A debían considerarse como un conjunto de normas puramente privadas y el hecho de que la Administración, por medio de circulares administrativas, supuestamente hubiera recibido instrucciones de aplicarlas, no generaba derechos subjetivos en la esfera de los justiciables, que permitieran a estos últimos invocar las disposiciones contenidas en ellos.

Mediante Dictámenes motivados de 3 de diciembre de 1992, la Comisión sostuvo que el Derecho alemán no había sido correctamente adaptado a las Directivas e instó a la República Federal de Alemania a que adoptara las medidas necesarias a tal efecto en un plazo de dos meses.

5. Mediante recurso interpuesto el 3 de noviembre de 1993, la Comisión solicitó al Tribunal de Justicia que declarara que la República Federal de Alemania había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del Tratado, al no adoptar, o al no comunicar, dentro del plazo prescrito en el Dictamen motivado, todas las medidas necesarias para atenerse a las exigencias derivadas de las Directivas 88/295/CEE y 89/440/CEE. En la vista, la Comisión precisó que las pretensiones tendentes a que se declarara la violación del Tratado en el presente caso se referían únicamente a la cuestión de la adaptación del Derecho alemán a las Directivas, antes citadas, hasta el 3 de febrero de 1993, fecha de expiración del plazo fijado en los Dictámenes motivados. La cuestión de si la aplicación de determinadas normas, al 1 de enero de 1994, supone una correcta adaptación de las Directivas constituye el objeto de un examen distinto en el seno de la Comisión y, en su caso, podrá dar lugar a un recurso por incumplimiento distinto.

6. En apoyo de sus pretensiones, la Comisión señaló que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los Estados miembros están obligados a adaptar su legislación nacional a las Directivas, de modo que los particulares puedan conocer sus derechos y, llegado el caso, invocarlos ante los órganos jurisdiccionales nacionales. [3] Las dos Directivas controvertidas en el presente asunto tienen precisamente por objeto que los proveedores y empresarios puedan invocar las normas de adjudicación de las Directivas frente a las entidades adjudicadoras públicas y, en su caso, alegar la infracción de dichas normas ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

3 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 23 de mayo de 1985, Comisión/Alemania (29/84, Rec. p. 1661), y de 9 de abril de 1987, Comisión/Italia (363/85, Rec. p. 1733).

La adaptación por medio de circulares es insuficiente para cumplir estas exigencias, dado que los particulares no pueden invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Tampoco basta incluir las normas de la Directiva en el VOL/A y en el VOB/A. Estos instrumentos fueron elaborados por comités integrados por representantes de «Gebietskörperschaften», cámaras de industria y federaciones sindicales. Las facultades que se les otorgan carecen de base legal y el conjunto de disposiciones que emanan de ellas deben calificarse de normas de procedimiento puramente privadas. La Comisión invocó, a este respecto, la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto Comisión/Alemania, [4] que se refería a la aplicación de la Directiva 80/779/CEE [5] por medio de una circular general «Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft» (circular técnica: Aire). Con arreglo al apartado 20 de la sentencia: «[...] la República Federal de Alemania no hizo mención de jurisprudencia nacional alguna que reconozca expresamente a dicha circular un efecto directo frente a terceros, aparte de su efecto obligatorio para la Administración. Por lo tanto, no puede alegarse que los particulares estén en condiciones de conocer con certeza el alcance de sus derechos, para ejercitarlos en su caso ante los órganos jurisdiccionales nacionales, ni que aquellos que ejercen actividades que puedan producir inmisiones estén suficientemente informados del contenido de sus obligaciones.»

Los procedimientos de recurso previstos en la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministro y de obras [6] (en lo sucesivo, «Directiva 89/665») completan, en opinión de la Comisión, las posibilidades de los interesados de invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales las infracciones de las Directivas sobre contratos públicos y no sustituyen a estas últimas.

7. En la vista, la República Federal de Alemania precisó su punto de vista en cuanto al presente asunto del siguiente modo: se ha acreditado que la República Federal de Alemania no ha informado a la Comisión, dentro del plazo fijado, en el sentido previsto por las Directivas. En lo que respecta a la aplicación de éstas en la República Federal de Alemania a la expiración del plazo fijado en el dictamen motivado, la República Federal de Alemania tampoco niega que las circulares generales de carácter interno, al igual que el VOL/A y el VOB/A, no confieren a los particulares derechos que puedan ser invocados ante los órganos jurisdiccionales nacionales. No obstante, sólo la Directiva 89/665 establece normas en cuanto al procedimiento que debe seguirse en el marco de los recursos interpuestos por infracciones de las Directivas. Del apartado 8 del artículo 2 de esta Directiva se desprende que los Estados miembros poseen la facultad de establecer procedimientos de recurso análogos a un control jurisdiccional. Por lo tanto, el punto de vista de la Comisión, según el cual de las Directivas sobre contratos públicos se desprende que los particulares deben poder invocar su infracción ante los Tribunales, es

4 — Sentencia de 30 de mayo de 1991 (C-361/88, Rec. p. I-2567).

5 — Directiva del Consejo, de 15 de julio de 1980, relativa a los valores límite y a los valores guía de calidad atmosférica para el anhídrido sulfuroso y las partículas en suspensión (DO L 229, p. 30; EE 15/02, p. 193).

6 — DO L 395, p. 33.

contrario a esta Directiva. Por lo demás, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al efecto directo de las Directivas, los particulares tienen la posibilidad de invocar, frente a los poderes públicos, infracciones a las normas de adjudicación de las Directivas, por ejemplo, mediante un recurso de indemnización.

8. Durante el procedimiento, las partes examinaron un gran número de detalles relativos a la manera en que se había adaptado el Derecho interno a las Directivas mediante el VOL/A y el VOB/A.

9. Como introducción, señalaré que, en su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia ha declarado que las Directivas sobre contratos públicos confieren a los particulares derechos que, en determinadas condiciones, estos últimos pueden invocar directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales, contra el Estado y las entidades adjudicadoras —véanse las sentencias de 20 de septiembre de 1988, Beentjes [7] y de 22 de junio de 1989, Costanzo. [8]

10. La Directiva 89/665 es de fecha 21 de diciembre de 1989, posterior, por tanto, a las sentencias antes citadas. El argumento de la República Federal de Alemania relativo a la importancia de esta Directiva supone, por consiguiente, que esta última tendría por objeto restringir los derechos que esta jurisprudencia reconoce a los particulares frente a las autoridades públicas. Sin embargo, el examen del contenido y de los considerandos de la Directiva no aporta elemento alguno en favor de tal suposición. Por el contrario, parece que esta Directiva pretendía reforzar «los actuales mecanismos [...] tanto en el plano nacional como en el plano comunitario [...] en particular, en la fase en la que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse». [9]

11. El párrafo tercero del artículo 189 del Tratado, relativo a la adaptación del Derecho interno a las Directivas, «no exige necesariamente una reproducción formal y textual de sus disposiciones en una disposición legal expresa y específica [...]». En función del contenido de la Directiva, «puede ser suficiente [...] un contexto jurídico general, siempre que este último garantice la plena aplicación de la Directiva de una manera suficientemente clara y precisa, para que, si la Directiva tiene como fin crear derechos en favor de los particulares, los beneficiarios estén en condiciones de conocer todos sus derechos y de ejercitarlos, en su caso, ante los órganos jurisdiccionales nacionales». [10]

12. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que los Estados miembros no pueden sustraerse a las obligaciones, que les impone el párrafo tercero del artículo 189 del Tratado, de adaptar su Derecho interno a las Directivas, invocando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la

7 — Asunto 31/87, Rec. p. 4635.

8 — Asunto 103/88, Rec. p. 1839.

9 — Véase el segundo considerando.

10 — Véase la sentencia Comisión/Italia, antes citada en la nota 3, apartado 7.

cual los justiciables pueden, en determinadas condiciones, invocar directamente una Directiva ante los Tribunales contra los poderes públicos. [11]

13. Se ha acreditado en el presente caso que las Directivas citadas por la Comisión en sus pretensiones no han sido aplicadas en la República Federal de Alemania al término del plazo previsto en el Dictamen motivado de 3 de febrero de 1993, sino mediante circulares administrativas, y por el VOL/A y el VOB/A, que son disposiciones pertenecientes al Derecho privado. También se ha acreditado en el presente caso que estas últimas disposiciones no confieren a los particulares derechos susceptibles de ser invocados por éstos ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

14. Por consiguiente, procede estimar las pretensiones de la Comisión relativas a la violación del Tratado.

En el estado actual del procedimiento, no procede tomar postura sobre las cuestiones de detalle relativas al modo en que se han aplicado las Directivas mediante el VOL/A y el VOB/A.

15. Por haber perdido el proceso, procede, conforme a las pretensiones de la Comisión, condenar a la República Federal de Alemania al pago de las costas del procedimiento.

Conclusión

16. A la vista de las consideraciones que anteceden, propongo al Tribunal de Justicia que se pronuncie del siguiente modo:

«— La República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado, al no adoptar dentro de los plazos previstos todas las medidas necesarias para atenerse a las exigencias derivadas de la Directiva 89/440/CEE del Consejo, de 18 de julio de 1989, que modifica la Directiva 71/305/CEE sobre coordinación de los procedimientos de celebración de los contratos públicos de obra y de la Directiva 88/295/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1988, por la que se modifica la Directiva 77/62/CEE

11 — Véase la sentencia de 6 de mayo de 1980, Comisión/Bélgica (102/79, Rec. p. 1473).

de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro y por la que se derogan determinadas disposiciones de la Directiva 80/767/CEE.

— La República Federal de Alemania cargará con las costas.»