CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. CLAUS GULMANN

presentadas el 30 de junio de 1993 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. A partir de 1987, la Comisión emprendió junto con las autoridades españolas un examen de la normativa española sobre contratos públicos, con el fin de verificar su conformidad con el Derecho comunitario. Dicho examen ha desembocado en el presente procedimiento, que la Comisión inició mediante escrito de 19 de diciembre de 1990, en el que afirmaba que unas treinta disposiciones españolas eran contrarias al Derecho comunitario y, en particular, a los artículos 30 y 59 del Tratado CEE, así como a la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras [1] (en lo sucesivo, «Directiva 71/305») y a la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro [2] (en lo sucesivo, «Directiva 77/62»). El asunto versa sobre las Directivas en su versión original, es decir, sin tener en cuenta las profundas modificaciones llevadas a cabo por el Consejo, en lo que respecta a la Directiva 71/305, en 1989 [3] y a la Directiva 77/62, en 1988, [4] a las que debe ser adaptado el Derecho español, como máximo, el 1 de marzo de 1992.

2. Las disposiciones españolas objeto de litigio se hallan, en primer lugar, en la Ley de Contratos del Estado (en lo sucesivo, «LCE») y en el Reglamento General de Contratos del Estado (en lo sucesivo, «RGCE»). La LCE y el RGCE contienen normas generales aplicables a la licitación, tanto de contratos públicos de obras, como de suministros y de prestaciones de servicios, dirigidas a los órganos de contratación, tanto centrales como autonómicos. El asunto también versa sobre otras disposiciones nacionales, que pueden afectar al régimen de contratación pública de obras y suministros. [5]

3. En sus pretensiones, la Comisión ha agrupado las disposiciones españolas que considera contrarias al Derecho comunitario, en los siguientes grupos:

— Disposiciones por las que se excluyen determinados supuestos del ámbito de aplicación de la legislación sobre contratos públicos.

* Lengua original: danés.

1 — DO L 185, p. 5; EE 17/01, p. 9.

2 — DO 1977, L 13, p. 1; EE 17/01, p. 29.

3 — Directiva 89/440/CEE, de 18 de julio de 1989 (DO L 210, p. 1). La Directiva 71/305 ha sido modificada por última vez por la Directiva 93/4/CEE, de 8 de febrero de 1993 (DO L 38, p. 31).

4 — Directiva 88/295/CEE, de 22 de marzo de 1988 (DO L 127, p. 1).

5 — En especial, se trata del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, que contiene el Texto Refundido del Régimen Local, de la Ley de 24 de noviembre de 1939 de Ordenación y Defensa de la Industria Nacional y del Real Decreto 946/1978, de 14 de abril, sobre procedimiento de evaluación y control de la prestación farmacéutica.

— Disposiciones que permiten una contratación directa.

— Disposiciones relativas a normas de participación en las licitaciones y criterios de selección cualitativa.

— Disposiciones en el ámbito técnico.

— Disposiciones sobre criterios de atribución de los contratos.

4. El presente asunto no supone que el Derecho español no haya sido adaptado a las dos principales Directivas, en su redacción original, sobre armonización de las legislaciones nacionales relativas a los contratos públicos de obras y suministros. La LCE y el RGCE fueron modificados en 1986 para adaptar sus disposiciones a las Directivas comunitarias. [6] Por el contrario, tiene su origen en el examen minucioso del Derecho español realizado por la Comisión, el cual ha puesto de manifiesto que, en opinión de ésta, se ha efectuado una adaptación incorrecta en toda una serie de cuestiones.

Mi impresión es que existen algunos cargos en los que la Comisión difícilmente podría haber basado un recurso independiente por incumplimiento y que, por otra parte, existen toda una serie de cargos en relación con los cuales el Gobierno español ha solicitado que se desestime el recurso, lo cual no hubiera ocurrido de no haberse producido un verdadero conflicto sobre otras cuestiones entre las partes.

Como se verá posteriormente, el presente asunto tiene sus orígenes en el desacuerdo de las partes sobre cómo deben interpretarse las disposiciones comunitarias de que se trata en una serie de cuestiones y sobre el contenido y la incidencia del Derecho español, en otra serie de puntos.

En mis conclusiones debo necesariamente examinar todos los cargos, uno por uno. Dada la naturaleza de cada uno de ellos, el análisis resultará muy técnico y no siempre desprovisto de complejidad.

5. En lo que respecta al hecho de que la Comisión alega, en diversos contextos, que las disposiciones españolas controvertidas crean inseguridad jurídica y, por ello, no cumplen las exigencias formuladas por el Tribunal de Justicia para una correcta adaptación del Derecho interno a las Directivas, es necesario recordar, con carácter introductorio, el contenido de los requisitos generales que, en relación con esta cuestión, pueden deducirse de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

El Tribunal de Justicia ha afirmado que:

— «[...] los Estados miembros tienen la obligación de garantizar plenamente, y de manera precisa, la aplicación de las disposiciones de toda Directiva»; [7]

— «[...] que los principios de seguridad jurídica y de protección de los particulares exigen, en los ámbitos regulados por el Derecho comunitario, las normas jurídicas de los Estados miembros se formulen

6 — Véase, a este respecto, el Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, y el Real Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre.

7 — Véase, entre otras, la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de marzo de 1980, Comisión/Italia (91/79, Rec. p. 1099), apartado 6.

de manera inequívoca, que permita a las personas interesadas conocer sus derechos y obligaciones de forma clara y precisa y a los órganos jurisdiccionales nacionales garantizar su cumplimiento»; [8]

— «[...] la adaptación del Derecho interno a las normas comunitarias no exige una transcripción formal y textual de sus preceptos en una disposición legal expresa y específica y que es suficiente la existencia de un contexto jurídico general, si éste asegura efectivamente la plena aplicación de la Directiva de modo suficientemente claro y preciso [...]», [9] y que

— las excepciones previstas en disposiciones nacionales que, al amparo de una Directiva, incumplan las prohibiciones establecidas en la misma, deben respetar escrupulosamente los criterios y los requisitos que, a este respecto, en ella se formulen. [10]

8 — Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 1991, Comisión/España (C-119/89, Rec. p. I-641), apartado 10. Véanse, asimismo, las sentencias de 21 de junio de 1988, Comisión/Italia (257/86, Rec. p. 3249), apartado 12; de 23 de mayo de 1985, Comisión/República Federal de Alemania (29/84, Rec. p. 1661), apartado 23; de 30 de enero de 1985, Comisión/Dinamarca (143/83, Rec. p. 427), apartado 10, y de 6 de mayo de 1980, Comisión/Bélgica (102/79, Rec. p. 1473), apartado 11.

9 — Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 1990, Comisión/Países Bajos (C-339/87, Rec. p. I-851), apartado 6. Véanse, asimismo, entre otras, las sentencias de 8 de julio de 1987, Comisión/Bélgica (247/85, Rec. p. 3029), apartado 9, y de 2 de diciembre de 1986, Comisión/Bélgica (239/85, Rec. p. 3645), apartado 7.

10 — Véanse, entre otras, las sentencias del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1987, Comisión/Bélgica (247/85, Rec. p. 3029), apartados 28 y 34; de 27 de abril de 1988, Comisión/Francia (252/85, Rec. p. 2243), apartado 11, y de 15 de marzo de 1990, Comisión/Países Bajos (C-339/87, Rec. p. I-851), apartados 15 y 28.

Disposiciones por las que se excluyen determinados supuestos del ámbito de aplicación de la legislación sobre contratos públicos

a. *Número 3 del artículo 2 de la LCE y número 3 del artículo 2 del RGCE*

6. Estas disposiciones —la del RGCE se limita a reproducir la disposición correspondiente de la LCE—, que excluyen determinados contratos del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratos del Estado, establecen lo siguiente:

«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, quedan fuera del ámbito de la presente Ley los siguientes contratos y negocios jurídicos de la Administración:

[...]

3) Las operaciones que celebre la Administración con los particulares sobre bienes o derechos cuyo tráfico resulte mediatizado en virtud de disposiciones legales, o sobre productos intervenidos, estancados o prohibidos.»

7. La Comisión afirma que:

— esta disposición es tan general y su contenido tan equívoco que crea inseguridad jurídica; este hecho, por sí solo, ya supone una incorrecta adaptación del Derecho interno a la Directiva 77/62, y que

— por lo demás, las citadas excepciones son contrarias a la Directiva, puesto que se parte de la base de que ésta se aplica a todos los suministros públicos, a menos que estén expresamente excluidos, y porque las disposiciones españolas constituyen excepciones al ámbito de aplicación de estas normas, que no se hallan incluidas en la enumeración que realiza la Directiva.

8. El Gobierno español alega que:

— la disposición controvertida es una norma de remisión, que no surte efectos hasta que no se adopten otras disposiciones legales que, a efectos de la misma, regulen el tráfico de mercancías o determinen qué productos están intervenidos, estancados o prohibidos;

— los casos concretos, excluidos del ámbito de aplicación de la ley por referencia a dicha norma, están justificados en última instancia por otras disposiciones comunitarias, en especial, por el artículo 36, el apartado 2 del artículo 90 y el artículo 223 del Tratado, y que

— la justificación última de estas normas, a la que obedece la disposición controvertida y con arreglo a la cual se introducen restricciones a la comercialización de determinadas mercancías, consiste en la atribución «de derechos especiales o exclusivos de carácter público», lo que da lugar a que solo exista un único proveedor, con el cual la Administración puede celebrar contratos de suministro de las mercancías de que se trata. A mayor abundamiento, y como fundamento de su alegación consistente en que la disposición es compatible con la Directiva 77/62, el Gobierno español se refiere a la letra b) del apartado 1 del artículo 6 de la Directiva, conforme a la cual puede recurrirse a la contratación directa «en el caso de suministros cuya fabricación o entrega, en razón de su especificidad técnica o artística o por cualquier otra razón que tenga como fin la protección de derechos exclusivos, no puedan encargarse más que a un proveedor determinado».

9. Permítaseme decir, de entrada, que me parece evidente que el Tribunal de Justicia debe declarar la disposición controvertida contraria al Derecho comunitario.

En mi opinión, no existe duda ninguna de que dicha disposición dista mucho de cumplir los requisitos de claridad y certeza que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, deben cumplir las disposiciones nacionales de adaptación a las Directivas comunitarias.

Considero que el Gobierno español, en primer lugar, no ha sido capaz en este asunto de arrojar la luz necesaria sobre el ámbito de aplicación de la disposición controvertida y, en segundo lugar, no ha podido acreditar que dicha norma —aún restrictivamente interpretada— esté justificada, en términos generales, conforme al Derecho comunitario.

10. La postura jurídica española es tan poco clara, y la disposición controvertida tan difícilmente comprensible que, en mi opinión, el Tribunal de Justicia no tiene posibilidad de entrar en una valoración sobre si puede considerarse que dicha disposición se refiere a

contratos que pueden legalmente excluirse del ámbito de aplicación de esta normativa conforme al Derecho comunitario.

El Gobierno español tiene la obligación de adoptar una postura jurídica suficientemente clara. La redacción de la disposición controvertida no permite al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre si su ámbito de aplicación es compatible con el Derecho comunitario. El presente asunto no es, por tanto, el más adecuado para precisar en qué medida pueden legalmente establecerse excepciones a las normas de la Directiva 77/62.

11. En mi opinión, basta con afirmar respecto de los argumentos del Gobierno español lo siguiente:

12. Por supuesto, el Gobierno español tiene razón en que la norma de que se trata sólo produce efectos jurídicos, si existen disposiciones legales que, de alguna de las maneras que se citan en la misma, regulen el tráfico de las mercancías afectadas. Tal y como afirma la Comisión, ello no significa, sin embargo, que la disposición carezca de relevancia propia. Puesto que existen disposiciones legales que regulan el tráfico de mercancías de una de las formas indicadas, la consecuencia jurídica inmediata de la norma objeto de litigio, es que los correspondientes contratos públicos no están comprendidos en las normas de la LCE ni del RGCE. Por tanto, la disposición es algo más que una simple norma formal de remisión, puesto que ella misma fija los criterios para decidir qué tipo de excepciones al ámbito de aplicación de la normativa pueden establecerse.

13. Los esfuerzos del Gobierno español por arrojar luz sobre el ámbito de aplicación de la disposición han sido, como ya se ha dicho, baldíos. La Comisión ha explicado que, a consecuencia de la citada disposición, los contratos relativos a drogas, sellos de correos, efectos timbrados, tabaco, energía eléctrica y gas están excluidos de la normativa sobre contratos del Estado. En su escrito de dúplica el Gobierno español ha intentado, en alguna medida, explicar cuál de las formas de regulación citadas en la disposición se ha aplicado a dichos productos, pero, fundamentalmente, ha intentado argumentar que los respectivos tipos de regulación suponen, en esencia, que sólo existe un posible proveedor.

No resulta fácil comprender cómo puede interpretarse esta disposición en el sentido de que su ámbito de aplicación es tan reducido, tal y como pretende el Gobierno español, y tampoco es fácil incluir en ella, una vez interpretada en este sentido, todos los ejemplos concretos de contratos excluidos que han sido citados.

14. En cambio, no es difícil afirmar que la disposición controvertida, tal y como ha sido redactada, no puede ser conforme, en general, con la Directiva 77/62.

El apartado 1 del artículo 2 de la Directiva establece que, «los poderes públicos adjudicadores aplicarán sus procedimientos nacionales, adecuados a la presente Directiva, para la adjudicación de los contratos públicos de suministro». En el noveno considerando de

la Directiva se lee que «es importante prever casos excepcionales en los que las medidas de coordinación de los procedimientos puedan no aplicarse, pero que asimismo habrá que limitar expresamente dichos casos». La Directiva ha de interpretarse en el sentido de que establece de manera exhaustiva las excepciones generales a la obligación de los Estados miembros de proceder a la adjudicación de los contratos públicos de suministro de conformidad con las disposiciones de la misma. Tales exclusiones generales del ámbito de aplicación de la Directiva se hallan contempladas en el apartado 2 del artículo 2 y en el artículo 3 de la misma. [11] Es evidente que la disposición española de que se trata no está comprendida en ninguna de estas excepciones, y el Gobierno español tampoco afirma nada semejante.

15. Los argumentos del Gobierno español relativos al artículo 36, al apartado 2 del artículo 90 y al artículo 223 del Tratado carecen de relevancia. Tal y como afirma la Comisión, las normas específicas sobre tráfico de mercancías, que sean compatibles con el Derecho comunitario en virtud de las citadas disposiciones del Tratado, deben ciertamente respetarse al celebrar contratos públicos de suministro. No obstante, ello no significa que no tengan que aplicarse las normas generales sobre contratación pública. En concreto, en lo que respecta a las mercancías cuyo tráfico está prohibido, podría pensarse a primera vista, tal y como afirma el Gobierno español, que la disposición no es contraria a la Directiva. Si el tráfico de una mercancía está prohibido, no se pueden celebrar contratos de suministro de la misma y, en consecuencia, no existe necesidad alguna de aplicar las normas de la Directiva. A pesar de que esta cuestión apenas posee importancia práctica, no debe sin embargo pasarse por alto el hecho de que podría producirse una situación, en la que las autoridades públicas pudieran celebrar contratos de suministro de las mercancías de que se trata, infringiendo una prohibición existente, siendo en principio su actuación conforme con las disposiciones de la Directiva. Una excepción general de esta naturaleza no es, por tanto, compatible con la Directiva.

16. Tampoco puede conferirse demasiada relevancia a los argumentos del Gobierno español relativos a la letra b) del apartado 1 del artículo 6 de la Directiva. En primer lugar, la Comisión tiene razón en que, del apartado 3 del artículo 4 y del apartado 1 del artículo 6 de la Directiva, se desprende que los contratos incluidos en la citada disposición, no están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva sino que, por el contrario, pueden ser objeto de contratación directa, lo que significa que son aplicables las normas comunes en el ámbito técnico contenidas en el artículo 7 de la Directiva. En segundo lugar, debe darse la razón a la Comisión en que la disposición de que se trata no es compatible con la letra b) del apartado 1 del artículo 6 de la Directiva, al no establecer expresamente requisitos equivalentes a los que han de satisfacerse conforme a la citada disposición de la Directiva.

17. A la vista de lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que declare que, el número 3 del artículo 2 de la LCE y el número 3 del artículo 2 del RGCE, son incompatibles con la Directiva 77/62.

11 — El apartado 2 del artículo 2 de la Directiva establece que ésta no se aplicará a los contratos públicos de suministro celebrados por los organismos que gestionen servicios de transporte, o por servicios de distribución de agua y de energía, o que operen en el sector de las telecomunicaciones. El artículo 3 se refiere a contratos celebrados en virtud de diversos acuerdos internacionales.

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

18. Estas disposiciones —el RGCE se limita a reproducir la disposición correspondiente de la LCE— excluyen del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratos del Estado «los [contratos] exceptuados expresamente por una ley».

19. La Comisión alega que se trata de una exclusión de carácter general que, como tal, es contraria a las dos Directivas comunitarias de que se trata. La Comisión afirma que las autoridades españolas no precisaron ni las leyes ni los tipos de contratos públicos a que se refería dicha disposición. Por otra parte, la Comisión subraya que todas las exclusiones previstas taxativamente por la Directiva han sido también expresamente excluidas por la LCE o el RGCE, por lo cual la disposición deja la puerta abierta a otras exclusiones no previstas por las Directivas. Por este motivo, la Comisión afirma que dicha disposición crea una inseguridad jurídica contraria al Derecho comunitario. A este respecto, la Comisión subraya que, «si el Tribunal ha exigido que la delimitación de los criterios de exclusión sea clara y compatible con los establecidos por la Directiva, es absolutamente imposible aceptar una norma de exclusión que no fija criterio alguno».

20. En mi opinión, ha de darse la razón al Gobierno español en que una norma de remisión de este tipo no es contraria al Derecho comunitario. A los Estados miembros se les concede cierta facultad de apreciación sobre la manera en que deben adaptar el Derecho interno a las Directivas y la técnica legislativa aplicada por las autoridades españolas no puede considerarse, como tal, contraria al Derecho comunitario. El objetivo de la disposición consiste en llamar la atención sobre el hecho de que pueden existir otras exclusiones del ámbito de aplicación de la ley, distintas de las que recoge la propia ley y en establecer el requisito de que éstas sólo pueden adoptarse mediante ley. La disposición se diferencia de la examinada anteriormente en que posee un contenido neutral y meramente formal y en que existe una clara y manifiesta relación entre la norma de remisión y las leyes a las que se refiere, puesto que estas últimas deben necesariamente contener una disposición expresa que establezca la inaplicabilidad de la LCE y del RGCE. Por lo demás, carece de relevancia el argumento de la Comisión de que todas las exclusiones autorizadas por la Directiva están cubiertas por otras disposiciones de la LCE y del RGCE y que, por tanto, el hecho de que la disposición haga posible que se establezcan otras excepciones, crea inseguridad jurídica. La norma de remisión no es, en efecto, superflua. Ello se debe a que, como la propia Comisión ha señalado, la LCE también abarca determinados contratos públicos, que no están incluidos en las Directivas y en relación con los cuales éstas no excluyen, por tanto, que se establezcan otras excepciones.

21. A la vista de lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que declare que, el número 8 del artículo 2 de la LCE y el número 8 del artículo 2 del RGCE, son compatibles con las dos Directivas comunitarias.

c. *Números 1 y 3 del párrafo primero del artículo 29* bis *de la LCE y números 1 y 3 del artículo 93* ter *del RGCE*

22. Estas disposiciones —el RCGE se limita a reproducir la disposición correspondiente de la LCE— dispensan de la obligación de publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, establecida por el artículo 12 de la Directiva 71/305, en relación con los siguientes contratos:

«1) Los de instalaciones industriales de naturaleza mecánica, eléctrica o energética, salvo las partes de estas instalaciones que exijan la técnica de construcción inmobiliaria.

[...]

3) Los de excavaciones, perforación de pozos, dragados y evacuación de escombros efectuados en relación con la extracción de materias minerales.»

23. La Comisión alega, *que* estos contratos están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 71/305, *que* la Directiva indica taxativamente qué excepciones pueden hacerse a su ámbito de aplicación y *que* es contrario a la misma excluir los citados contratos.

24. El Gobierno español niega que estos contratos estén incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva. La Directiva se aplica a los contratos públicos de obras, definiéndose este concepto en la letra a) de su artículo 1, como aquellos contratos, «[...] que tienen por objeto alguna de las actividades expresadas en el artículo 2 de la Directiva del Consejo, de 26 de julio de 1971, que se refiere a la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios en el campo de los contratos públicos de obras, y a la atribución de los contratos públicos de obras a través de agencias intermediarias o sucursales» (en lo sucesivo, «Directiva 71/304»). La Directiva 71/304 vio la luz a la vez que la Directiva 71/305 y fue una de las Directivas de liberalización adoptadas en aquella época, es decir, que imponía a los Estados miembros la obligación de suprimir las restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de que se trata.

En el artículo 2 de la Directiva se establecía lo siguiente:

«1. Las disposiciones de la presente Directiva se aplicarán a las actividades no asalariadas que figuran en el Anexo I del Programa general para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento clase 40. Dichas actividades corresponden a las enumeradas en la clase 40 de la "Nomenclatura de las industrias establecidas en las Comunidades Europeas (NICE)"; se incorporan como Anexo a la presente Directiva.

2. La Directiva no se aplicará:

a) a las instalaciones industriales de naturaleza mecánica, eléctrica y energética, excepto a la parte de esas instalaciones que depende de la técnica de construcción inmobiliaria;

b) [...]

c) a los trabajos de excavación, de perforación de pozos, de dragado y de retirada de escombros efectuados para la extracción de minerales (industrias extractivas).»

25. Como se ve, las disposiciones españolas de que se trata son una reproducción exacta de las letras a) y c) del apartado 2 del artículo 2 de la Directiva.

Puesto que la Directiva 71/305 define los contratos a los que se aplica, como aquellos que tienen por objeto alguna de las actividades expresadas en el artículo 2 de la Directiva 71/304 y, puesto que el artículo 2 excluye expresamente las dos actividades excluidas por las disposiciones españolas controvertidas parece, a primera vista, que la tesis del Gobierno español está correctamente fundamentada.

26. No obstante, la Comisión alega, a este respecto, que la referencia efectuada por la letra a) del artículo 1 de la Directiva 71/305, debe entenderse hecha exclusivamente al apartado 1 del artículo 2 de la Directiva 71/304 donde, según la Comisión, se define el ámbito de aplicación de la Directiva, y no al apartado 2 de dicha disposición, donde se encuentran las exclusiones. La Comisión expone, en apoyo de esta afirmación, toda una serie de puntos de vista, entre ellos, *que* la Directiva 71/304 se refiere al principio fundamental de la libre prestación de servicios del artículo 59 del Tratado; *que* el hecho de que el artículo 59 del Tratado sea directamente aplicable desde la expiración del período transitorio, priva por completo de eficacia al apartado 2 del artículo 2 de la Directiva 71/304; *que* no puede concebirse que una Directiva que reitera la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios, limite el ámbito de aplicación de una Directiva de armonización de legislaciones, que define exhaustivamente los contratos públicos sometidos a su régimen, y *que* las restricciones a la libre prestación de servicios, a las que la disposición haya podido dar lugar, deben ser compatibles, de todas formas, con los artículos 59 y siguientes del Tratado.

27. Me resulta difícil seguir la argumentación de la Comisión. La letra a) del artículo 1 de la Directiva 71/305 se refiere expresamente a «alguna de las actividades expresadas en el artículo 2», de la Directiva 71/304 y, en mi opinión, no existe duda alguna de que, en cualquier caso, la primitiva finalidad era que las actividades citadas en el apartado 2 del artículo 2, tampoco estuvieran sujetas a la obligación impuesta por la Directiva 71/305 a los Estados miembros de coordinar los procedimientos vigentes de adjudicación de los contratos públicos de obras.

Lo esencial del argumento de la Comisión parece ser también que el hecho de que el Tribunal de Justicia afirmara, tras la adopción de las dos Directivas, que *la obligación de liberalización* tras el período transitorio era consecuencia directa del artículo 59 del Tratado, y que la Directiva 71/304 perdió por ello su relevancia propia, implica que el ámbito de aplicación de *las obligaciones de coordinación,* conforme a la Directiva 71/305, se amplió hasta abarcar también los contratos citados en las letras a) y c) del apartado 2 del artículo 2 de la Directiva 71/304.

La Comisión no ha expuesto argumentos que me convenzan de que tal conclusión es correcta. En un principio, existieron razones

para excluir los contratos de que se trata, tanto de la obligación de liberalización como de la obligación de coordinación. Nada más se ha explicado sobre estas razones y, por tanto, no es posible pronunciarse con certeza sobre, en qué medida el cumplimiento de la obligación de liberalización supone que las razones esgrimidas por el Consejo para excluir los citados contratos de la obligación de coordinación hayan desaparecido también. En mi opinión, todo indica que la conclusión a la que llega la Comisión no es necesaria, ni tampoco la más acertada. La prohibición del Tratado de las discriminaciones por razón de la nacionalidad y otras restricciones injustificadas o desproporcionadas a la libre prestación de servicios rigen, en principio, en todos los ámbitos. Por el contrario, corresponde al Consejo decidir en qué medida es necesario completar la obligación de liberalización, que es consecuencia inmediata del Tratado, con normas que obliguen a los Estados miembros a coordinar las legislaciones nacionales que no sean contrarias a la prohibición del Tratado. Asimismo, corresponde al Consejo determinar el ámbito de aplicación de dichas disposiciones de armonización.

El Consejo definió, en 1971, el ámbito de aplicación de la Directiva 71/305, a través de la remisión al artículo 2 de la Directiva 71/304. Esta delimitación no ha sido modificada tras la reciente declaración de la aplicabilidad directa de la prohibición contenida en el artículo 59 del Tratado.

28. Por el contrario, puede afirmarse que el Consejo, al adoptar en 1989 las citadas modificaciones de la Directiva 71/305, modificó la letra a) del artículo 1 de manera que los contratos públicos de obras se definían a partir de entonces en la propia disposición, como aquellos contratos que tuvieran por objeto obras relativas a alguna de las actividades contempladas en el Anexo II de la Directiva. El Anexo II de la Directiva corresponde a la clase 50 de la «Nomenclatura General de las Actividades Económicas de las Comunidades Europeas» (NACE), que fundamentalmente equivale a la clase 40 del NICE, citada en el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva 71/304.

29. En mi opinión, sería erróneo que el Tribunal de Justicia diera la razón a la Comisión en que las normas españolas, cuyo objeto es adaptar el Derecho interno a la Directiva, en su versión primitiva, no pueden legalmente excluir de su ámbito de aplicación los contratos enumerados en las letras a) y c) del apartado 2 del artículo 2 de la Directiva 71/304.

30. Por lo demás, la Comisión se ha referido a que las disposiciones españolas analizadas sólo dispensan de la obligación de publicación del anuncio en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* y que la Directiva no autoriza tal posibilidad. Me resulta difícil comprender por qué sería contrario a la Directiva el propio hecho de que alguna de sus disposiciones se aplicaran a contratos no incluidos en la misma. Si los contratos controvertidos no están incluidos en la Directiva, los propios Estados miembros pueden, en principio, adoptar normas sobre procedimientos para su licitación, y difícilmente puede reprochárseles que opten por aplicar alguna de las disposiciones de la Directiva, cuando ni siquiera tienen obligación, conforme al Derecho comunitario, de hacerlo.

31. A la vista de lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que declare que los números 1 y 3 del párrafo primero del

artículo 29 *bis* de la LCE y los números 1 y 3 del artículo 93 *ter* del RGCE son compatibles con la Directiva 71/305.

Disposiciones que permiten la contratación directa

32. La Comisión alega que una serie de disposiciones españolas, que permiten la contratación directa, son contrarias a ambas Directivas. La Comisión señala que las Directivas contienen una enumeración exhaustiva de aquellos casos en los que puede recurrirse a la contratación directa y que, de la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de marzo de 1987, Comisión/Italia, [12] se desprende que las disposiciones correspondientes han de ser objeto de una interpretación estricta.

El Gobierno español aclara que algunas de las disposiciones controvertidas, relativas a la contratación directa, serán modificadas en virtud de un proyecto de reforma de la LCE. La Comisión ha señalado que, en su opinión, las nuevas disposiciones cumplirán los requisitos de una correcta adaptación del Derecho interno a ambas Directivas, pero se ratifica en sus pretensiones teniendo en cuenta que las nuevas disposiciones españolas aún no han sido adoptadas, ni han entrado en vigor.

33. El Gobierno español, que no niega que las disposiciones españolas controvertidas se apartan, en cualquier caso, en algunos puntos de las normas de la Directiva, alega con carácter general que, al adoptar una postura sobre una norma jurídica deben agotarse, en primer lugar, todas las posibilidades razonables de interpretarla conforme a las normas de Derecho comunitario con las que se confronta y declararla incompatible con la disposición comunitaria, únicamente cuando dicha interpretación conforme sea imposible o de una complejidad desproporcionada.

34. Esta tesis es evidentemente insostenible. Es cierto que, conforme al Derecho comunitario, existe la obligación de que las autoridades nacionales y los Tribunales interpreten sus disposiciones nacionales de tal manera que se garantice al máximo el respeto del Derecho comunitario. [13]

Pero ello no significa que el Tribunal de Justicia, en un recurso por incumplimiento, sólo pueda declarar la incompatibilidad de las disposiciones nacionales con el Derecho comunitario, si resulta imposible interpretar dichas disposiciones de manera que resulten compatibles con el mismo. Como se desprende del examen de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia antes citada, [14] el principio de seguridad jurídica exige que las normas jurídicas de los Estados miembros se formulen de manera inequívoca, que permita a los ciudadanos y a las empresas conocer sus derechos y obligaciones de forma clara y precisa y a los órganos jurisdiccionales nacionales garantizar su cumplimiento. De ello se sigue, en relación con el principio de seguridad jurídica, que el Tribunal de Justicia debe afirmar la incompatibilidad de las disposiciones nacionales con el Derecho comunitario, si éstas no contienen, de forma lo suficientemente clara y precisa, un fundamento jurídico sólido para la plena aplicación de las normas de la Directiva. Estos requisitos para una correcta ejecución de las Directivas no se cumplen

12 — Asunto 199/85, Rec. p. 1039.

13 — Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 10 de abril de 1984, Von Colson y Kamann (14/83, Rec. p. 1891), apartado 26, y de 13 de noviembre de 1990, Marleasing (C-106/89, Rec. p. I-4135), apartado 8.

14 — Véase el apartado 5.

por el simple hecho de que exista la posibilidad de realizar una interpretación más amplia de las disposiciones nacionales objeto de litigio, de manera que éstas puedan ser aplicadas de manera compatible con el Derecho comunitario.

35. El Gobierno español alega asimismo que, de la sentencia en el asunto 199/85, invocada por la Comisión, que se refería a una aplicación concreta de las disposiciones sobre contratación directa, no pueden deducirse principios interpretativos relevantes para el presente asunto, que versa sobre la legalidad de normas abstractas.

36. Esta tesis es asimismo insostenible. En la citada sentencia, el Tribunal de Justicia se pronunció respecto de las letras b) y d) del artículo 9 de la Directiva 71/305, en el sentido de que «estas disposiciones, que establecen excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obras, deben ser objeto de una interpretación estricta y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quien quiera beneficiarse de ellas». [15] En mi opinión, de ello puede deducirse, por un lado, que la enumeración contenida en las Directivas, de los supuestos en que puede recurrirse a la contratación directa, debe considerarse exhaustiva y, por otro, que al adaptar el Derecho interno a tales excepciones, debe exigirse un escrupuloso respeto del marco y de los requisitos establecidos en las correspondientes disposiciones de las Directivas.

15 — Véase el apartado 14.

a. *Número 1 del párrafo primero del artículo 37 y número 1 del párrafo cuarto del artículo 87 de la LCE; número 1 del párrafo primero del artículo 117 y número 1 del párrafo cuarto del artículo 247 del RGCE*

37. El número 1 del párrafo primero del artículo 37 de la LCE, reproducido por el número 1 del párrafo primero del artículo 117 del RGCE dispone que, en lo que respecta a los contratos de obras, puede acudirse a la contratación directa para «aquellas [obras] en que no sea posible promover concurrencia en la oferta o en que, por circunstancias técnicas o excepcionales, no convenga promoverla». Una disposición de contenido semejante, en lo que respecta a los contratos de suministro, se recoge en el número 1 del párrafo cuarto del artículo 87 de la LCE, en la que, sin embargo, se añade «[...] como cuando verse el contrato sobre productos amparados por patentes, derechos de autor o que constituyan modelos de utilidad u obras artísticas o sobre cosas en las que haya un solo productor o poseedor». Esta disposición se reproduce en el número 1 del párrafo cuarto del artículo 247 del RGCE.

38. La Comisión opina que, ni en la Directiva 71/305, ni en la Directiva 77/62, existe fundamento jurídico para la contratación directa en los casos previstos en las disposiciones controvertidas. La Comisión alega, en especial, a este respecto, que estas disposiciones facultan al órgano de contratación para determinar discrecionalmente las circunstancias que impiden promover la concurrencia y si conviene o no promoverla por razones excepcionales.

39. El Gobierno español afirma que la disposiciones controvertidas no confieren a las autoridades una facultad discrecional y que están incluidas en la letra b) del artículo 9 de la Directiva 71/305 y en la letra b) del artículo 6 de la Directiva 77/62.

40. La letra b) del artículo 9 de la Directiva 71/305 dispone que los poderes adjudicadores podrán recurrir a la contratación directa «en aquellas obras en las cuales la ejecución no pueda ser confiada más que a un determinado contratista, por razones técnicas, artísticas, o por razones de protección de los derechos de exclusividad». Me parece evidente que el número 1 del párrafo primero del artículo 37 de la LCE no es conforme con esta norma. Es posible que, como sostiene el Gobierno español, la fórmula «no sea posible promover concurrencia [...] o [...] no convenga promoverla», pueda considerarse, en cuanto a su contenido, que responde a la exigencia de la Directiva de que la obra «no pueda ser confiada más que a un determinado contratista». No obstante, en primer lugar, es un hecho que la referencia de la disposición a «circunstancias técnicas o excepcionales» sólo afecta a la segunda parte de la misma, relativa a los casos en que no conviene promover concurrencia, lo cual significa que la primera parte de la disposición parece constituir una autorización general a los órganos de contratación para acudir a la contratación directa, alegando que no es «posible promover concurrencia». En segundo lugar, la referencia de la disposición a «circunstancias [...] excepcionales» debe ser considerada demasiado amplia e imprecisa, teniendo en cuenta la exigencia planteada por la Directiva de que existan «razones técnicas, artísticas, o por razones de protección de los derechos de exclusividad».

41. El tenor de la letra b) del artículo 6 de la Directiva 77/62 es, en lo esencial, idéntico a la letra b) del artículo 9 de la Directiva 71/305. Es cierto, tal y como sostiene el Gobierno español, que en la segunda parte del número 1 del párrafo cuarto del artículo 87 de la LCE se recogen criterios que parecen responder ampliamente a los utilizados en la letra b) del artículo 6 de la Directiva 77/62. Sin embargo, la primera parte de la disposición, relativa a los casos en que «no sea posible promover concurrencia en la oferta o [...] no convenga promoverla», se conecta con esta segunda parte con un «como cuando», lo que significa, en mi opinión, que la segunda parte sólo constituye un ejemplo y que la disposición puede, por tanto, justificar la contratación directa por otras razones distintas de las que en ella se citan. Ello no es compatible con la Directiva, que es taxativa en este punto.

42. A la vista de lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que declare que el número 1 del párrafo primero del artículo 37 de la LCE y el número 1 del párrafo primero del artículo 117 del RGCE son incompatibles con la Directiva 71/305 y que el número 1 del párrafo cuarto del artículo 87 de la LCE y el número 1 del párrafo cuarto del artículo 247 del RGCE son incompatibles con la Directiva 77/62.

b. *Número 2 del párrafo primero del artículo 37 y número 2 del párrafo cuarto del artículo 87 de la LCE; número 2 del párrafo primero del artículo 117 y número 2 del párrafo cuarto del artículo 247 del RGCE.*

43. El número 2 del párrafo primero del artículo 37 de la LCE, reproducido en el número 2 del párrafo primero del artículo

117 del RGCE dispone, en lo que respecta a los contratos de obras, que podrán celebrarse contratos directos en los casos de «reconocida urgencia, surgida como consecuencia de necesidades apremiantes que demandaran una pronta ejecución que no pueda lograrse por medio de la tramitación urgente regulada en el artículo 26 de esta Ley, y previo acuerdo del órgano de contratación». [16] En lo que respecta a los contratos de suministro, existe una disposición de idéntico contenido en el número 2 del párrafo cuarto del artículo 87 de la LCE, que se reproduce en el número 2 del párrafo cuarto del artículo 247 del RGCE.

44. Ha de examinarse si estas disposiciones son conformes a la letra d) del artículo 9 de la Directiva 71/305 y a la letra d) del artículo 6 de la Directiva 77/62. Ambas disposiciones de las Directivas, que son de igual tenor, establecen que los poderes adjudicadores podrán celebrar los contratos públicos de que se trata sin aplicar lo dispuesto en las Directivas —salvo las normas comunes en el ámbito técnico— «en la medida estrictamente necesaria, cuando una imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevistos para los poderes adjudicadores no sea compatible con los plazos requeridos por otros procedimientos». [17]

45. El Gobierno español niega la afirmación de la Comisión consistente en que el tenor de las disposiciones españolas de que se trata es más amplio que el previsto en las Directivas. Dicho Gobierno alega que las normas españolas cumplen los tres requisitos establecidos en las Directivas. En lo que respecta al requisito de que ha de tratarse de una *imperiosa urgencia,* el citado Gobierno sostiene que los conceptos de «necesidades apremiantes» y «urgencia imperiosa» tienen, en principio, el mismo significado puesto que ambos se refieren a causas que exigen una actuación inmediata. En lo que respecta al requisito de las Directivas consistente en que deben existir *acontecimientos imprevistos para los poderes adjudicadores,* el Gobierno español afirma que de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español resulta que el carácter imprevisto de los acontecimientos constituye un elemento inseparable del concepto de urgencia, por lo cual no es necesario hacer referencia expresa a este requisito. Finalmente, el requisito establecido por las Directivas consistente en que los acontecimientos de que se trate *no sean compatibles con los plazos requeridos por otros procedimientos* establecidos en las mismas, se recoge expresamente en las disposiciones españolas.

46. Mi primera impresión es que las normas españolas establecen requisitos que, en este sentido, responden a la exigencia de las Directivas de que exista una *imperiosa urgencia.* Ciertamente, como señala la Comisión, las disposiciones españolas se refieren a que debe concurrir una urgencia derivada de «necesidades apremiantes», lo que propiamente corresponde a «imperiosa (urgencia)», pero no se puede pasar por alto que estas «necesidades apremiantes» se califican en las disposiciones españolas concretando que son necesidades «que demandaran una pronta ejecución». Un requisito consistente en que la urgencia se deba a necesidades apremiantes que hagan necesaria una actuación inmediata, me parece que posee el mismo significado restrictivo que la exigencia de las Directivas

16 — Esta nota reproduce el texto en español del precepto que acaba de citarse.

17 — Esta nota reproduce en su primera parte el texto en español de la letra d) del artículo 9 de la Directiva 71/305, y añade que la letra d) del artículo 6 de la Directiva 77/62 es del mismo tenor.

de que debe existir una urgencia en relación con la presencia de razones imperiosas.

Considero, sin embargo, que no es necesario profundizar en esta cuestión. En mi opinión, resulta evidente que las disposiciones españolas no cumplen las disposiciones correspondientes de las Directivas, en la medida en que en éstas se exige que se hayan producido *acontecimientos imprevistos para los poderes adjudicadores*. No se niega el hecho de que las normas españolas no contienen un requisito expreso equivalente y es incuestionable que se trata de un requisito autónomo e importante para la aplicación de la disposición. [18] El hecho de que, como señala el Gobierno español, el Tribunal Constitucional español haya afirmado en dos sentencias que «el concepto de urgencia está ligado a la necesidad de ordenar situaciones que, *por razones difíciles de prever,* requieran una acción inmediata», no garantiza suficientemente, en mi opinión, el cumplimiento de la exigencia de la Directiva de que los acontecimientos *sean imprevistos para los poderes adjudicadores*.

47. A la vista de lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que declare que el número 2 del párrafo primero del artículo 37 de la LCE y el número 2 del párrafo primero del artículo 117 del RGCE son incompatibles con la Directiva 71/305 y que el número 2 del párrafo cuarto del artículo 87 de la LCE y el número 2 del párrafo cuarto del artículo 247 del RGCE son incompatibles con la Directiva 77/62.

18 — A este respecto, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de marzo de 1992, Comisión/España (C-24/91, Rec. p. I-1989), en cuyo apartado 13 el Tribunal de Justicia afirmó que los requisitos contenidos en la letra d) del artículo 9 de la Directiva 71/305 son acumulativos.

c. *Número 7 del párrafo primero del artículo 37 y número 5 del párrafo cuarto del artículo 87 de la LCE; número 7 del párrafo primero del artículo 117 y número 5 del párrafo cuarto del artículo 247 del RGCE*

48. El número 7 del párrafo primero del artículo 37 de la LCE, reproducido en el número 7 del párrafo primero del artículo 117 del RGCE, dispone, en lo que respecta a los contratos de obras, que la contratación directa puede llevarse a cabo «cuando el adjudicatario no cumpla las condiciones necesarias para llevar a cabo la formalización del contrato, siempre que la adjudicación directa se acuerde en las condiciones fundamentales y precio no superior a las que hayan sido objeto de licitación». Una disposición semejante figura en el número 5 del párrafo cuarto del artículo 87 de la LCE, en lo que respecta a los contratos de suministro, en la que no obstante se añade que «[...] a no ser que por la Administración se acuerde sacarlos nuevamente a licitación en las condiciones que en cada caso se establezcan». Esta disposición se reproduce en el número 5 del párrafo cuarto del artículo 247 del RGCE.

49. El Gobierno español explica que, en Derecho español, se distingue entre «adjudicación», es decir, atribución de un contrato y «formalización», que hace posible la ejecución del mismo y que «el origen de estas normas [...] se encuentra en la situación peculiar en la que se puede encontrar la Administración con un contrato perfecto, al haberse realizado la adjudicación, que le obliga plenamente; pero inejecutable, pues el contratista, por causas que le son imputables, impide la formalización del contrato».

50. La Comisión alega que las Directivas 71/305 y 77/62 no contienen disposiciones de este tenor y que, por tanto, las disposiciones españolas son contrarias a las mismas. La Comisión afirma que, en principio, los órganos de contratación deben solucionar la situación contemplada por dichas normas, en la que el contrato no puede ejecutarse por causas imputables al contratista, iniciando un nuevo procedimiento. En esa situación, los órganos de contratación pueden recurrir a una contratación directa por motivos de urgencia, pero habrá de decidirse, en cada caso concreto, si se cumplen los requisitos para invocar esta excepción.

51. El Gobierno español afirma que el supuesto contemplado en las disposiciones españolas puede subsumirse en los citados casos de imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevistos, contemplados en la letra d) del artículo 9 de la Directiva 71/305 y en la letra d) del artículo 6 de la Directiva 77/62, que pueden justificar la contratación directa. [19]

El Gobierno español señala, asimismo, que las disposiciones españolas establecen unos límites muy estrechos, no contemplados en las disposiciones de las Directivas, en especial, la necesidad de respetar las condiciones fundamentales de la primera licitación y que la adjudicación final del contrato no puede efectuarse a un precio superior al de la oferta inicialmente escogida. A ello ha de añadirse que el procedimiento de adjudicación directa del párrafo segundo del artículo 37 de la LCE, supone que ha de consultarse al menos a tres empresas. Basándose en ello, el citado Gobierno afirma que las disposiciones de que se trata aportan una solución que es más ventajosa que la postulada por la Comisión.

Finalmente, el Gobierno español señala que las disposiciones controvertidas contemplan una situación que se encuentra muy cerca de la de la letra a) del artículo 9 de la Directiva 71/305, descrita por el Gobierno español como la del «procedimiento fallido que no aboca a ninguna adjudicación» y que existen aún mayores razones para admitir la contratación directa en este supuesto, en cuanto que resulta agravado puesto que «se parte de una fase más avanzada del procedimiento».

52. En mi opinión, debe darse toda la razón a la Comisión en este punto. No puede afirmarse, de manera general, que en este supuesto se trata de casos incluidos en las disposiciones de las Directivas relativas a la urgencia. La cuestión de si existe urgencia en situaciones como las aquí expuestas, debe analizarse individualmente en cada caso concreto, tal y como sostiene la Comisión.

A este respecto, no resulta decisivo que el Derecho español establezca límites más estrechos para los mismos procedimientos de adjudicación directa. Tampoco lo es que, en la letra a) del artículo 9 de la Directiva 71/305, se prevea la posibilidad de acudir a la contratación directa cuando en un procedimiento de adjudicación no se hayan presentado ofertas aceptables. Esta situación es distinta de la que aquí se plantea, en la que,

19 — El Gobierno español añade que, a pesar de que normalmente no pueden recuperarse los plazos de ejecución perdidos con la utilización de los procedimientos ordinarios, no obstante, se prevé expresamente dicha posibilidad en el número 5 del párrafo cuarto del artículo 87 de la LCE.

como sostiene la Comisión, parece precisamente posible, por ejemplo, adjudicar el contrato al licitador clasificado en segundo lugar, o en la que, en ningún caso, existen razones concretas para temer que no se presenten ofertas aceptables. [20]

53. A la vista de lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que declare que el número 7 del párrafo primero del artículo 37 de la LCE y el número 7 del párrafo primero del artículo 117 del RGCE son incompatibles con la Directiva 71/305 y que el número 5 del párrafo cuarto del artículo 87 de la LCE y el número 5 del párrafo cuarto del artículo 247 del RGCE son incompatibles con la Directiva 77/62.

d. *Número 8 del párrafo primero del artículo 37 de la LCE y número 8 del párrafo primero del artículo 117 del RGCE*

54. El número 8 del párrafo primero del artículo 37 de la LCE, reproducido en el número 8 del párrafo primero del artículo 117 del RGCE, permite la contratación directa, respecto de las obras «que tengan por finalidad continuar la ejecución de obras cuyos contratos hayan sido resueltos, con los mismos requisitos del apartado anterior, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, del apartado 2 de este mismo artículo (urgencia)».

55. La Comisión considera que esta disposición es incompatible con la Directiva 71/305 y, a este respecto, se remite a la opinión expresada en el punto anterior.

56. El Gobierno español se limita a señalar que esta disposición no tiene una justificación tan clara como el supuesto anterior y que se suprimirá en la reforma prevista de la LCE.

57. A la vista de lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que declare que el número 8 del párrafo primero del artículo 37 de la LCE y el número 8 del párrafo primero del artículo 117 del RGCE son incompatibles con la Directiva 71/305.

e. *Números 1, 2 y 6 del apartado 1 del artículo 120 del Real Decreto Legislativo de Régimen Local*

58. La Comisión señala que los números 1, 2 y 6 del apartado 1 del artículo 120 del Real Decreto Legislativo 781/1986 de Régimen Local, enumeran supuestos similares a los de las disposiciones de la LCE y del RGCE antes analizadas, en los que está justificada la contratación directa y afirma que, por lo tanto, estas disposiciones son asimismo contrarias a las Directivas.

59. El Gobierno español no niega este hecho y el Tribunal de Justicia puede acoger las pretensiones de la Comisión en este punto.

60. Sin embargo, las partes no están de acuerdo en las consecuencias de este hecho. El Gobierno español considera que no es

20 — Finalmente, no puede considerarse decisivo que el número 5 del párrafo cuarto del artículo 87 de la LCE prevea la posibilidad de utilizar los procedimientos de adjudicación habituales, puesto que se trata de una facultad discrecional de los órganos de contratación y no de una obligación que haya de cumplirse cuando no concurra el requisito de la urgencia.

necesario modificar el Real Decreto Legislativo de Régimen Local, puesto que la contratación directa de las Entidades Locales se rige directamente por las disposiciones correspondientes de la LCE y del RGCE. A este respecto, el Gobierno español se refiere al hecho de que la disposición final primera de los Reales Decretos de adaptación a las Directivas, establece que las disposiciones de la LCE y del RGCE tienen el carácter de legislación básica.

61. En principio, el Tribunal de Justicia sólo puede declarar, en la sentencia que dicte en el presente asunto, que las disposiciones controvertidas son contrarias a la obligación que incumbe a España conforme al Derecho comunitario, después de lo cual España debe extraer todas las consecuencias necesarias de tal declaración.

No obstante, puede resultar conveniente señalar que la derogación de estas disposiciones sería más conforme a las exigencias del Derecho comunitario. Si las disposiciones no se derogan, existirá la posibilidad de que se produzca una incorrecta aplicación de las mismas en el Derecho nacional, siendo la consiguiente inseguridad jurídica que ello provocaría contraria en sí misma al Derecho comunitario.

62. A la vista de lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que declare que los números 1, 2 y 6 del apartado 1 del artículo 120 del Real Decreto Legislativo de Régimen Local son incompatibles con la Directiva 77/62 y con la Directiva 71/305.

Disposiciones relativas a normas de participación y criterios de selección cualitativa

63. La Comisión afirma que, toda una serie de disposiciones españolas relativas a la participación en las licitaciones y a los criterios de selección cualitativa, son contrarias al Derecho comunitario. Me parece conveniente comenzar por exponer brevemente las disposiciones relevantes de las dos Directivas, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en este ámbito.

Del artículo 20 de la Directiva 71/305 y del artículo 17 de la Directiva 77/62, se desprende que la celebración de contratos públicos se desarrolla en dos fases. En primer lugar, se efectúa una selección de los contratistas o proveedores que reúnen las condiciones necesarias para tomar parte en la licitación. Esta verificación de la aptitud de los licitadores supone, en parte, un examen de en qué medida pueden ser excluidos de la licitación como consecuencia de sus propias particularidades, como por ejemplo, las relativas a insolvencia o falta de honradez. Y en parte, constituye un examen de la capacidad económica, financiera y técnica de los licitadores. Una vez seleccionados de este modo los licitadores que pueden tomar parte en la licitación, se adjudican los contratos de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 29 de la Directiva 71/305 y en el artículo 25 de la Directiva 77/62, es decir, por regla general, conforme al precio más bajo o la oferta económicamente más ventajosa.

64. Las disposiciones concretas sobre selección cualitativa de los licitadores figuran en los artículos 23 a 28 de la Directiva 71/305 y

en los artículos 20 a 24 de la Directiva 77/62 que son, en lo esencial, semejantes.

El artículo 23 de la Directiva 71/305 y el artículo 20 de la Directiva 77/62 enumeran una serie de supuestos, relativos a la *honradez y solvencia* de los licitadores, que pueden justificar su exclusión de la licitación. En estas disposiciones también figura una lista de los documentos y certificados cuya presentación puede ser solicitada por los órganos de contratación como prueba de que los empresarios no se hallan en ninguna de las situaciones enumeradas. El artículo 24 de la Directiva 71/305 y el artículo 21 de la Directiva 77/62 establecen que, podrá invitarse a cualquier contratista o proveedor, que desee participar en un contrato público de obras o suministros, a acreditar su inscripción en el *registro profesional* de su país. El artículo 25 de la Directiva 71/305 y el artículo 22 de la Directiva 77/62 determinan la manera en que los licitadores pueden acreditar su *capacidad financiera y económica*. El artículo 26 de la Directiva 71/305 y el artículo 23 de la Directiva 77/62 determinan la manera en que los licitadores pueden acreditar su *capacidad técnica*. El artículo 27 de la Directiva 71/305 y el artículo 24 de la Directiva 77/62 establecen que los poderes adjudicatarios podrán solicitar a los contratistas que *completen o detallen* los certificados presentados dentro, no obstante, de los límites de los artículos 23 a 26 de la Directiva 71/305 y 20 a 23 de la Directiva 77/62, respectivamente. Finalmente, el artículo 28 de la Directiva 71/305 contiene normas sobre la inscripción en *las listas oficiales de los contratistas aceptados*, que poseen algunos Estados miembros, según las cuales la inscripción en dicha lista puede, en cualquier caso, utilizarse como medio alternativo de prueba de que reúne los criterios cualitativos fijados en los artículos 23 a 26 de la Directiva.

65. El Tribunal de Justicia ha dictado, en particular, dos sentencias que contienen criterios interpretativos fundamentales para la aplicación de estas disposiciones. Se trata de la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de febrero de 1982, Transporoute, [21] y de 20 de septiembre de 1988, Beentjes. [22] La interpretación del Tribunal de Justicia recae sobre las disposiciones relevantes de la Directiva 71/305, pero puede aplicarse por analogía a las disposiciones equivalentes de la Directiva 77/62. De las sentencias puede deducirse que:

— los órganos de contratación sólo pueden verificar la aptitud profesional de los licitadores, no excluidos en razón de sus propias particularidades, conforme a criterios que se refieran, bien a su capacidad financiera o económica, bien a su capacidad técnica, [23] y que

— la enumeración, realizada en las Directivas, de las pruebas cuya presentación

21 — Asunto 76/81, Rec. p. 417.

22 — Asunto 31/87, Rec. p. 4635.

23 — Véase el apartado 17 de la sentencia Beentjes, en el que el Tribunal de Justicia afirmó lo siguiente: «El citado artículo 20 prevé que la verificación de la aptitud de los contratistas sea efectuada por los poderes adjudicadores con arreglo a los criterios de capacidad económica, financiera y técnica especificados en los artículos 25 a 28. El objeto de estos artículos no es delimitar la competencia de los Estados miembros para fijar el nivel de capacidad económica, financiera y técnica requeridos para participar en los diferentes contratos públicos, sino determinar cuáles son las referencias comprobatorias o los medios de prueba que pueden aportarse para justificar la capacidad financiera, económica y técnica de los contratistas [...] No obstante, de estas disposiciones se deriva que los poderes adjudicadores *sólo pueden verificar la aptitud de los contratistas por criterios fundados en su capacidad económica, financiera y técnica*» (el subrayado es mío).

puede ser solicitada con vistas a acreditar el cumplimiento, por parte de los licitadores, de los requisitos sobre honradez, etc., y capacidad técnica es exhaustiva, mientras que, por el contrario, nada se opone a que los órganos de contratación puedan solicitar que se aporten otras pruebas distintas de las citadas en las Directivas, siempre que se trate de acreditar que los licitadores poseen la capacidad financiera y económica necesaria. [24]

66. No se impide a los órganos de contratación establecer otros requisitos para la celebración de contratos públicos, distintos de los que se refieren al examen de la aptitud de los contratistas con arreglo a su capacidad económica, financiera o técnica, o criterios de adjudicación del correspondiente contrato. En su sentencia Beentjes, el Tribunal de Justicia se pronunció en el sentido de que el hecho de establecer condiciones de contratación adicionales no es, en sí mismo, incompatible con la Directiva 71/305. [25] No obstante, el Tribunal de Justicia también señaló que, para que tales condiciones contractuales fueran compatibles con la Directiva, deberían, por un lado, respetar todas las normas aplicables de Derecho comunitario y, especialmente, las prohibiciones que se derivan de los principios consagrados por el Tratado en lo relativo al derecho de establecimiento y a la libre prestación de servicios y, por otro, deberían aplicarse respetando las normas de procedimiento de la Directiva y, especialmente, las normas sobre publicidad. [26]

67. A la luz de estas circunstancias, han de examinarse las afirmaciones de la Comisión sobre la inobservancia de las disposiciones de las Directivas relativas a la participación y a los criterios de selección cualitativa.

24 — El Tribunal de Justicia afirmó en el apartado 9 de la sentencia Transporoute lo siguiente: «De este modo, el artículo 27 precisa que los poderes adjudicadores sólo pueden invitar al contratista a completar los certificados y documentos presentados, dentro de los límites fijados en los artículos 23 y 26 de la Directiva, que *sólo autorizan a los Estados miembros a solicitar otras referencias* distintas de las expresamente enunciadas en la Directiva, *en el marco de la apreciación de la capacidad financiera y económica de las empresas* a la que se refiere el artículo 25 de la Directiva» (el subrayado es mío).
En este asunto, la cuestión giraba entorno a la compatibilidad con las normas de las Directivas de la exigencia de que el contratista se hallara en posesión de un permiso de establecimiento, expedido por el Gobierno del Estado miembro donde se celebró la licitación. En el apartado 10, el Tribunal de Justicia declaró: «Como el permiso de establecimiento de que se trata [...] no tiene por objeto determinar la capacidad financiera y económica de las empresas, sino *la aptitud profesional y la honradez* de sus dirigentes, dicho permiso constituye [...] *un medio de prueba ajeno a los taxativamente autorizados por la Directiva*» (el subrayado es mío). En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia concluía afirmando que: «La Directiva 71/305 del Consejo debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro exija a un licitador establecido en otro Estado miembro, que aporte la prueba de que responde a los criterios enunciados en los artículos 23 a 26 de dicha Directiva, relativos a su honradez y a su aptitud profesional por otros medios, tales como un permiso de establecimiento, distintos de los enunciados por las citadas disposiciones.»
La sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 1987, Bellini (asuntos acumulados 27/86 a 29/86, Rec. p. 3347), apartados 10, 11 y 17, confirma que las Directivas no contienen una relación exhaustiva de los medios de prueba que pueden solicitarse en relación con la capacidad económica y financiera de los contratistas.

25 — El Tribunal de Justicia llegó a esta conclusión teniendo en cuenta, entre otras cosas, que «la Directiva no establece una normativa comunitaria uniforme y exhaustiva, sino que, en el marco de las normas comunes que contiene, los Estados miembros conservan su libertad para mantener o dictar normas materiales y de procedimiento en materia de contratos públicos, a condición de que respeten todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario [...]» (apartado 20).

26 — Véanse los apartados 28-31 de la sentencia Beentjes. Véase, asimismo, sobre este tema, la Comunicación de la Comisión, de 22 de septiembre de 1989, «Contratación pública — Aspectos regionales y sociales» (DO C 311, p. 7), apartados 43 a 64.
Véase también la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de junio de 1992, Comisión/Italia (C-360/89, Rec. p. I-3401), en la que se trataba de una disposición de la legislación italiana, conforme a la cual, al elegir a los candidatos a los que se invitaba a presentar una oferta en los procedimientos restringidos, de conformidad con el artículo 22 de la Directiva 71/305, los poderes adjudicadores debían «dar preferencia a las asociaciones temporales y consorcios en los que participen empresas que ejerzan su actividad principal en la región en la que se efectúen las obras». El Tribunal de Justicia se limitó a afirmar que se trataba de un criterio de selección no incluido en los artículos 23 a 26 de la Directiva y que, por consiguiente, era contrario al artículo 22 de la misma. Aunque el Tribunal de Justicia no fue más allá en su análisis de si el criterio controvertido era compatible con la Directiva a la luz de los principios consagrados en la sentencia Beentjes, no es probable que dicha sentencia represente un giro jurisprudencial.

a. *Número 1 del párrafo primero del artículo 24 y números 1 y 3 del párrafo primero del artículo 25 del RGCE*

68. El número 1 del párrafo primero del artículo 24 del RGCE establece:

«Las Empresas extranjeras que pretendan contratar con la Administración deberán reunir, además de los requisitos del artículo 23 de este Reglamento, los siguientes:

1) Tener plena capacidad para contratar y obligarse conforme a la legislación de su país.»

Los números 1 y 3 del párrafo primero del artículo 25 del RGCE establecen:

«La personalidad de las Empresas se acreditará ante la Administración del siguiente modo:

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

Para los empresarios individuales será obligatoria la presentación del documento nacional de identidad o del que, en su caso, le sustituya reglamentariamente.

[...]

3) Las Empresas extranjeras presentarán sus documentos constitutivos traducidos de forma oficial al castellano o, en su caso, a la lengua de la respectiva Comunidad Autónoma, en cuyo territorio tenga su sede el órgano de contratación, así como un despacho expedido por la Embajada de España en el país respectivo donde se certifique que, conforme a su legislación, tiene capacidad para contratar y obligarse.»

69. La Comisión alega que las citadas exigencias de prueba no están previstas en la Directiva 71/305, ni en la Directiva 77/62 y, como consecuencia del carácter taxativo de las Directivas no pueden imponerse, por tanto, excluyendo a los licitadores que no las satisfagan de la participación en las licitaciones. Según la Comisión, los órganos de contratación disponen de medios suficientes para comprobar si las empresas extranjeras poseen capacidad y personalidad jurídica, exigiendo la documentación que, por un lado, acredite que están inscritas en el registro profesional del país de origen y, por otro, que no se encuentran en ninguna de las situaciones citadas en el artículo 23 de la Directiva 71/305 y en el artículo 20 de la Directiva 77/62. En particular, la Comisión precisó en la vista que la exigencia de que los contratistas tengan capacidad jurídica es, en sí misma, conforme con el Derecho comunitario.

70. El Gobierno español afirma, *que* el requisito de capacidad jurídica debe cumplirse, lógicamente, antes que los requisitos de capacidad económica, financiera y técnica, así como de honradez; *que* es necesario para garantizar la responsabilidad de los contratistas y *que* no discrimina entre licitadores españoles y extranjeros. A mayor abundamiento, el Gobierno español sostiene que el

número 1 del párrafo primero del artículo 24 del RGCE, no exige la presentación de determinados medios de prueba, sino que únicamente establece una exigencia en abstracto sobre capacidad jurídica. Por lo demás, el Gobierno español opina que las Directivas no contienen normas suficientes sobre prueba de la capacidad jurídica de las empresas y su condición de personas jurídicas, por lo cual las normas de los números 1 y 3 del párrafo primero del artículo 25 del RGCE están justificadas. [27]

71. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende, como ya se ha dicho con carácter introductorio que, para adoptar una definición de postura sobre la legalidad de los criterios de exclusión de las licitaciones de contratos públicos, es fundamental averiguar, en primer lugar, de qué tipo de requisitos se trata.

Puede, ciertamente, discutirse si un requisito sobre capacidad jurídica está incluido en los criterios contenidos en las normas de las Directivas sobre selección cualitativa de los licitadores. En contrapartida, es difícil averiguar si el requisito tiene otra finalidad que no sea la de garantizar que se trata de un licitador *bone fide,* que se halla en condiciones de cumplir el contrato y que, llegado el caso, puede asumir la responsabilidad por incumplimiento del mismo. Por tanto, se trata, en mi opinión, de un requisito que, en realidad, puede decirse que entra en el ámbito en el que las Directivas pretendían realizar una enumeración exhaustiva de las exigencias de prueba admisibles. [28]

Estas consideraciones deben entenderse hechas con una salvedad importante. El Derecho comunitario no puede ciertamente prohibir que los órganos de contratación se nieguen a celebrar contratos con empresas que pueden carecer de capacidad jurídica. Hasta aquí, el número 1 del párrafo primero del artículo 24 del RGCE no es ilegal. Por el contrario, las Directivas se oponen a que se exija con carácter general la acreditación de la capacidad jurídica. También podría resultar superfluo, por razones de orden práctico, establecer exigencias por su propia iniciativa sobre acreditación de la capacidad jurídica de los licitadores, cuando se puede exigir la prueba de que el interesado está inscrito en el registro profesional de su país y no se encuentra en situación de insolvencia. Tal exigencia de prueba que, según se ha afirmado, no se impone a los licitadores españo-

27 — Las partes han debatido la importancia de que en el artículo 24 de la Directiva 71/305 únicamente se enumeren los registros profesionales de seis Estados miembros y que el artículo 21 de la Directiva 77/62 sólo cite los registros profesionales de nueve Estados miembros. La Comisión afirma que el artículo 24 de la Directiva 71/305 ha sido completado por las Actas de adhesión de 1972, 1979 y 1985 y que el artículo 21 de la Directiva 77/62 puede fácilmente aplicarse por analogía en lo que respecta a los otros tres Estados miembros. En este punto me adhiero totalmente a la tesis de la Comisión y no entraré más en detalle en el mismo.

28 — En mi opinión, puede encontrarse apoyo para esta interpretación en la sentencia del Tribunal de Justicia Transporoute. El Tribunal de Justicia consideró en este asunto que la exigencia de un permiso de establecimiento tenía por objeto determinar «la aptitud profesional y la honradez» de los dirigentes de las empresas y que dicha exigencia era, por tanto, contraria a la Directiva 71/305, que contiene una enumeración taxativa de qué medios de prueba pueden solicitarse para acreditar esta circunstancia. No obstante, el Tribunal de Justicia no precisó por qué podía considerarse que un permiso de establecimiento del tipo mencionado afecta a la honradez. Deduzco de ello que todas las exigencias de prueba, que no sólo se refieran a la honradez o solvencia del los licitadores en sentido estricto, deben ser compatibles con la enumeración taxativa de medios de prueba del artículo 23, así como con el artículo 24 relativo a la prueba de inscripción en el registro profesional del país de origen de la empresa.

les, supone una carga para los licitadores extranjeros, que no puede justificarse racionalmente invocando la finalidad subyacente a dicha exigencia.

72. La Comisión afirma, asimismo, que lo dispuesto en los números 1 y 3 del párrafo primero del artículo 25, en la medida en que se aplica a los contratos públicos de obras, es contrario al artículo 59 del Tratado relativo a la libre prestación de servicios.

73. A este respecto, no sería necesario afirmar que las disposiciones españolas de que se trata son contrarias al artículo 59 del Tratado, puesto que ya se ha dicho que son contrarias a las normas de las Directivas. Debería ser suficiente afirmar que no existe necesidad alguna de establecer nuevos requisitos, junto a las exigencias de prueba que, conforme a las Directivas, pueden imponerse a los licitadores, puesto que constituirían cargas innecesarias para los interesados. Una vez afirmado esto, también puede declararse, sin más, que se ha incumplido el artículo 59 del Tratado.

74. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el artículo 59 del Tratado exige, ante todo, la eliminación de cualquier discriminación en perjuicio del prestador de servicios por razón de su nacionalidad, o por el hecho de que esté establecido en un Estado miembro distinto de aquel en que debe ejecutarse la prestación. Las disposiciones nacionales conforme a las cuales las prestaciones de servicios no reciban un trato idéntico, cualquiera que sea su origen, sólo son compatibles con el Derecho comunitario, si pueden acogerse a una disposición expresa que establezca una excepción, como el artículo 56 del Tratado, por razones de orden público, seguridad y salud públicas. [29] Los obstáculos a la libre prestación de servicios pueden, no obstante, surgir como consecuencia de que las disposiciones nacionales, vigentes con carácter general y adoptadas por el Estado miembro de que se trate, se aplican a los prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros y que ya deben regirse por los preceptos de su legislación nacional. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tales restricciones sólo son compatibles con el artículo 59 del Tratado si están justificadas por razones imperativas de interés general, que no estén ya contempladas por las normas del Estado miembro de establecimiento del prestador de servicios y si son apropiadas y necesarias para la realización del objetivo que se proponen, lo que implica que no pueda alcanzarse el mismo resultado mediante normas menos rigurosas. [30]

75. Las normas contenidas en los números 1 y 3 del párrafo primero del artículo 25 del RGCE sobre presentación de documentos concretos, como requisito para la celebración de contratos públicos, constituyen un obstáculo a la libre circulación de servicios. En mi opinión, debe darse la razón a la Comisión en que, independientemente de cual sea el objetivo general que aquí se persigue, éste puede garantizarse suficientemente a través de la posibilidad de solicitar la presentación de los documentos enumerados en la Directiva 71/305. Puesto que, por tanto, no puede considerarse que las disposiciones controvertidas sean objetivamente necesarias para proteger el, o los, objetivos que se pretenden

29 — Véase la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de mayo de 1993, Federación de Distribuidores Cinematográficos (C-17/92, Rec. p. I-2239), apartados 13 y 16.

30 — Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 1991, Collectieve Antenne voorziening Gouda (C-288/89, Rec. p. I-4007), apartados 12 a 15.

garantizar, éstas son incompatibles con el artículo 59 del Tratado.

76. A la vista de lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que declare que los números 1 y 3 del párrafo primero del artículo 25 del RGCE son incompatibles, tanto con la Directiva 71/305, como con la Directiva 77/62 y con el artículo 59 del Tratado.

b. *Párrafo 5 del artículo 284 del RGCE*

77. El artículo 28 de la Directiva 71/305 trata de las listas oficiales de contratistas aceptados que poseen algunos Estados miembros (el denominado sistema de clasificación) y dispone que los contratistas pueden hacer uso de los certificados de clasificación para acreditar que reúnen los criterios establecidos por la Directiva para su selección.

78. El párrafo quinto del artículo 284 del RGCE dispone:

«Para que los empresarios no españoles de Estados miembros de la CEE puedan acogerse a lo dispuesto en el párrafo tercero de este artículo (es decir, para poder acogerse al derecho de probar su capacidad por otros medios diferentes a la clasificación), será necesario que justifiquen mediante certificación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, no hallarse clasificados, ni con clasificación suspendida o anulada.»

Si he entendido la información aportada, esta disposición debe interpretarse en el sentido de que la regla general en Derecho español es que los empresarios deben utilizar los certificados de clasificación y que sólo están autorizados a acreditar su capacidad por otros medios, si aportan un certificado expedido por un organismo español en el que conste que no se hallan inscritos en la lista española, [31] ni con clasificación suspendida o anulada.

79. La Comisión alega que de la Directiva 71/305 [32] se puede deducir el derecho del contratista a elegir si probará su aptitud con la ayuda de una certificado de clasificación, o de otra manera. La exigencia de un certificado concreto como condición para poder acreditar la aptitud por otro medio que no sea la presentación de un certificado de clasificación es, por tanto, según la Comisión, contraria al sistema de la Directiva. La Comisión ha afirmado, asimismo, que se trata de un obstáculo injustificado y desproporcionado a la libre prestación de servicios, contrario al artículo 59 del Tratado.

80. El Gobierno español afirma que el propósito de la disposición es evitar el fraude en el sistema de clasificación, que se produciría al eludir las empresas extranjeras los efectos de la suspensión o anulación de una clasificación previa, acogiéndose a la posibilidad de

31 — La Comisión parte de la base de que la disposición exige un certificado «negativo» que acredite la no inscripción del empresario en la lista de empresarios aceptados *en España*. Esta interpretación de la norma no ha sido rebatida por el Gobierno español.

32 — En su recurso, la Comisión sostiene que la disposición controvertida es también aplicable a los suministros públicos, en virtud del artículo 109 de la LCE. No obstante, el Gobierno español ha explicado que las normas sobre clasificación no se han extendido, en realidad, a los suministros públicos. A continuación, y en respuesta a una pregunta del Tribunal de Justicia, la Comisión precisó que no había formulado cargo alguno sobre la incompatibilidad del párrafo quinto del artículo 284 del RGCE con las disposiciones de la Directiva 77/62.

justificar su capacidad con otros medios de prueba. Según dicho Gobierno, se trata de una simple formalidad que no es de difícil cumplimiento y no puede interpretarse como desproporcionada o no objetivamente requerida, con relación al objetivo claro y simple de evitar que un contrato público pueda resultar adjudicado a un contratista, que no reúna las condiciones de calificación profesional, económica, financiera o técnica.

81. En mi opinión, debe darse la razón a la Comisión en que los Estados miembros no pueden establecer límites al derecho de los contratistas de elegir, dentro del marco de la Directiva, los medios de prueba de los cuales harán uso para acreditar su aptitud. La Directiva postula la libertad de elección [33] y en sus disposiciones relativas a los medios de prueba (véanse los artículos 23 a 26), no existe justificación alguna para una exigencia de este tipo. Asimismo, ha de darse razón a la Comisión en que se trata de un obstáculo a la libre prestación de servicios, que no puede considerarse justificado en virtud de las consideraciones expuestas por el Gobierno español. Puesto que es incompatible con la Directiva 71/305 exigir que el contratista esté inscrito en la lista oficial de contratistas del Estado miembro en que tenga lugar la licitación, [34] tampoco puede atribuirse relevancia al hecho de que tal clasificación haya sido suspendida o anulada en un momento dado. Sólo es fundamental que los licitadores puedan acreditar en el momento de la licitación que poseen la aptitud necesaria. Esta circunstancia puede considerarse suficientemente garantizada por la posibilidad de solicitar a los licitadores los documentos de prueba enumerados en la Directiva 71/305.

82. A la vista de lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que declare que el párrafo quinto del artículo 284 del RGCE es incompatible con la Directiva 71/305 y con el artículo 59 del Tratado.

c. *Párrafo segundo del artículo 287 del RGCE*

83. El párrafo segundo del artículo 287, relativo a la clasificación de los contratistas en España, establece:

«A estos efectos se valorarán preferentemente los medios personales, reales y económicos con que las empresas cuenten con carácter permanente en el territorio nacional.»

84. La Comisión estima que esta disposición es contraria a la Directiva 71/305 [35] y al artículo 59 del Tratado.

85. El Gobierno español alega que esta disposición no tiene una eficacia concreta, pues no se precisa en qué ha de consistir la preferencia a la que se refiere y explica que,

33 — Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 1987, Bellini (asuntos acumulados 27/86 a 29/86, Rec. p. 3347), apartados 24 y 25.

34 — Véase la sentencia del Tribunal de Justicia Transporoute, apartados 12 y 13.

35 — En su recurso, la Comisión sostiene que la disposición controvertida es también aplicable a los suministros públicos, en virtud de los artículos 320 y 330 del RGCE. Como ya se ha dicho, el Gobierno español ha explicado que las normas sobre clasificación no se han extendido a los suministros públicos. A continuación, y en respuesta a una pregunta del Tribunal de Justicia, la Comisión precisó que no había formulado cargo alguno sobre la incompatibilidad del párrafo segundo del artículo 287 del RGCE con las disposiciones de la Directiva 77/62.

en todo caso, tiene la intención de suprimirla. Asimismo, el Gobierno español afirma que si se le atribuyera eficacia a dicha disposición, estaría justificada conforme a las letras c) y d) del artículo 26 de la Directiva 71/305.

86. El apartado cuarto del artículo 28 de la Directiva 71/305 establece que, «para la inscripción de los contratistas de otros Estados miembros en la lista [oficial] [...] [de contratistas aceptados], no se podrán exigir otras pruebas o declaraciones que las solicitadas a los empresarios nacionales y, en ningún caso, otras distintas a las mencionadas en los artículos 23 a 26». Como la Comisión acertadamente ha señalado, estas disposiciones no permiten solicitar a los contratistas de otros Estados miembros información sobre las circunstancias citadas en el párrafo segundo del artículo 287 del RGCE. Las letras c) y d) del artículo 26 de la Directiva disponen que puede solicitarse la presentación de declaraciones en las que conste, entre otras cosas, el equipo del que dispone el contratista para la ejecución de la obra y que indique la media anual de los efectivos de personal de la empresa durante los últimos tres años. No obstante, para la valoración de la disposición de que se trata, es decisivo el hecho de que en la Directiva no exista justificación alguna para exigir información concreta sobre medios personales, reales o económicos *en el territorio nacional*. Por consiguiente, el párrafo segundo del artículo 287 del RGCE es incompatible con la Directiva 71/305.

87. Asimismo, la Comisión tiene razón en que la disposición controvertida constituye un obstáculo para la libre prestación de servicios. La citada disposición debe interpretarse en el sentido de que, el hecho de que una empresa no disponga, o sólo disponga de escasos medios reales, etc., en el territorio español, podría tener importancia para su clasificación es España, lo que asimismo repercutiría en la posibilidad de los contratistas interesados de efectuar prestaciones de servicios en España. Aun cuando la disposición se aplique formalmente, tanto a los contratistas nacionales como extranjeros, en mi opinión, se trata de una norma que, en realidad, favorece a los contratistas españoles, por cuanto éstos tienen muchas más posibilidades de disponer de efectivos y de medios reales en territorio español. [36] En otras palabras, existe una discriminación encubierta por razón de la nacionalidad, que no se fundamenta en ninguna de las causas que, conforme al Tratado, pueden justificar tales normas.

88. A la vista de lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que declare que el párrafo segundo del artículo 287 del RGCE es incompatible con la Directiva 71/305 y con el artículo 59 del Tratado.

d. *Párrafo segundo del artículo 312 del RGCE*

89. Esta disposición, que atribuye valor probatorio, en relación con una serie de exigencias de prueba españolas, a los certificados y documentos similares expedidos por las autoridades de otros Estados miembros es, según la Comisión, contraria en diversos puntos al apartado 3 del artículo 28 de la Directiva 71/305, que contiene normas sobre el valor probatorio de los certificados de

36 — Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de junio de 1992, Comisión/Italia (C-360/89, Rec. p. I-3401), apartados 10, 11 y 12.

clasificación expedidos por otros Estados miembros. El Gobierno español, que ha informado que la disposición sería modificada en la reforma de la LCE prevista, no cuestiona este punto. En estas circunstancias, propongo al Tribunal de Justicia que estime la pretensión de la Comisión.

e. *Número 5 del párrafo tercero del artículo 320 del RGCE*

90. Esta disposición contiene normas sobre la prueba de la capacidad técnica de los suministradores y establece, entre otras cosas, que ésta podrá acreditarse mediante certificados relativos a los artículos de que se trate, expedidos por institutos o servicios oficiales españoles encargados del control de calidad. Según la Comisión, esta disposición es contraria a la letra e) del apartado 1 del artículo 23 de la Directiva 77/62, con arreglo a la cual puede exigirse la presentación de certificados de calidad, pero no que éstos deban ser expedidos por un órgano del país de los órganos de contratación. Asimismo, la Comisión afirma que esta exigencia constituye un obstáculo a la libre circulación de mercancías, contraria al artículo 30 del Tratado. El Gobierno español, que ha explicado que esta disposición será suprimida en la reforma prevista de la LCE, no cuestiona este punto. El Gobierno español sólo ha formulado una alegación consistente en que se trata de una formulación errónea, que podría obviarse con una interpretación no literal de la norma. Este argumento carece de relevancia. En estas circunstancias, propongo al Tribunal de Justicia que estime la pretensión de la Comisión.

f. *Artículo 341 del RGCE*

91. El artículo 341 del RGCE establece lo siguiente:

«De conformidad con lo dispuesto en la disposición final cuarta de la Ley de Contratos del Estado, está autorizado el Gobierno, si así lo estima conveniente, para dispensar la prestación de fianza provisional en las licitaciones de contratos de obras a aquellos contratistas que hayan obtenido una determinada clasificación por el Ministerio de Hacienda.»

92. La Comisión señala que esta facultad ha sido desarrollada por el Real Decreto 1883/1979, de 1 de junio, que autoriza a los órganos de contratación a incluir la dispensa en los pliegos de cláusulas administrativas, y por la Orden de 23 de octubre de 1979, conforme a la cual puede incluirse la dispensa en los pliegos de cláusulas administrativas del Ministerio de Obras Públicas y Transportes y sus organismos autónomos.

93. La Comisión afirma que el artículo 341 del RGCE es incompatible con la Directiva 71/305 y con el artículo 59 del Tratado. La Comisión alega que la posibilidad de presentarse a una licitación sin estar clasificado, es un derecho que tiene el contratista y que el ejercicio de este derecho no puede verse perjudicado sobre la base de justificaciones como las expuestas por las autoridades españolas. La dispensa de constituir una fianza provisional, concedida a los contratistas que hayan obtenido una clasificación, constituye una incitación económica a clasificarse y da lugar a que el derecho a presentarse a una licitación sin estar clasificado resulte en la práctica limitado.

La Comisión añade que no ve dificultades para extender la dispensa de fianza provisional a los licitadores que prueben su aptitud por medios diferentes a la clasificación. Según la Comisión, los poderes adjudicadores tienen los medios sobrados para imponer una sanción al «adjudicatario irresponsable», por ejemplo, aplicando lo dispuesto a continuación en las letras d) y g) del apartado 1 del artículo 23.

94. El Gobierno español alega que las disposiciones españolas permiten a los empresarios extranjeros, en las mismas condiciones que las que rigen para los empresarios españoles, prestar dos tipos de garantía para la correcta formalización de los contratos. Los empresarios pueden, de este modo, optar por constituir una fianza provisional o por obtener una clasificación en el Ministerio de Hacienda español. De ello se desprende que los empresarios no españoles pueden ser dispensados, del mismo modo que las empresas españolas, de la obligación de constituir una fianza provisional. En caso de que el contrato no se formalice, los órganos de contratación podrán imponer una sanción, o bien procediendo a la incautación de la fianza, o bien suspendiendo la clasificación. El Gobierno español afirma que estos dos tipos de garantía encajan en la letra i) del artículo 16 de la Directiva 71/305, que impone a los órganos de contratación la obligación de incluir en el anuncio de los procedimientos abiertos «las indicaciones que se refieran a las fianzas y a todas las demás garantías solicitadas eventualmente [...] en cualquiera de sus formas».

El Gobierno español señala que los órganos de contratación no podrían imponer sanciones eficaces por falta de formalización de los contratos, si se dispensara también de la obligación de constituir fianza provisional a los empresarios no españoles que hubieran justificado su capacidad económica, financiera o técnica por medio distinto al de la clasificación.

95. Como se ve, el Gobierno español ha hecho hincapié en la necesidad de garantizar la formalización correcta del contrato. Este objetivo podría perfectamente alcanzarse exigiendo la constitución de una fianza provisional, que puede considerarse autorizada en virtud de la letra i) del artículo 16 de la Directiva 71/305. Por el contrario, opino que la exigencia de clasificación en el Ministerio de Hacienda español no garantiza especialmente la correcta formalización de los contratos celebrados. Según el Gobierno español la garantía debería suponer una «amenaza» de suspensión de la clasificación en caso de falta de formalización de los contratos, con las dificultades que de ello se derivarían para obtener en lo sucesivo la adjudicación de contratos. No obstante, tal «amenaza» de ser excluido de futuras licitaciones, subsiste independientemente de la cuestión de la clasificación en España. Tal y como afirma la Comisión, las letras d) y g) del artículo 23 de la Directiva establecen que los poderes adjudicadores pueden excluir de la participación en la licitación a todo contratista «que haya cometido una falta grave en materia profesional, que pueda ser comprobada por algún medio que los poderes adjudicadores puedan justificar», o «que se le considere culpable de hacer falsas declaraciones al proporcionar los informes exigidos en aplicación del [...] Capítulo» (de la Directiva), relativo a los criterios de selección cualitativa. En todo caso, estas disposiciones facultan a los órganos de contratación para sancionar una falta de formalización consciente de los contratos —también en lo que respecta a los contratistas no españoles que hayan probado su capacidad económica, financiera o técnica por medios

diferentes a la clasificación— proporcionando, en mi opinión, la existencia de esta posibilidad el mismo tipo de garantía para la formalización de los contratos, es decir, una «amenaza» de exclusión de futuras licitaciones, que el Gobierno español considera obtener a través de la exigencia de clasificación.

En estas circunstancias, puede entenderse que, en el fondo, la exigencia española de clasificación en el Ministerio de Hacienda español, como requisito para la dispensa de la obligación de prestar fianza provisional, se traduce en que los contratistas no españoles, que no se hallen clasificados en España, soportan una carga económica especial. [37] Tal y como argumenta la Comisión, la Directiva 71/305 confiere, no obstante, a los contratistas el derecho a acreditar su aptitud mediante la presentación de los documentos de prueba citados en los artículos 23 a 26 de la Directiva 71/305, o mediante un certificado de clasificación en otro Estado miembro. No puede exigirse que los contratistas estén clasificados en el Estado miembro en el que tiene lugar la licitación. [38] Por consiguiente, no puede ser compatible con la Directiva el vincular cargas económicas a la falta de clasificación en España.

96. Una carga económica, soportada por los contratistas no españoles, que no estén clasificados en España, constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios conforme al artículo 59 del Tratado. Como se ha dicho, los argumentos del Gobierno español relativos a la necesidad de garantizar la formalización de los contratos carecen de relevancia y no parece que puedan invocarse otros motivos de carácter general como fundamento de una disposición de tal tenor.

97. A la vista de lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que declare que el artículo 341 del RGCE es incompatible con la Directiva 71/305 y con el artículo 59 del Tratado.

Disposiciones en el ámbito técnico

98. La Comisión alega que el artículo 244 del RGCE, que contiene normas sobre exigencias técnicas, es contrario al artículo 7 de la Directiva 77/62.

99. El apartado 1 del artículo 7 de la Directiva establece, entre otras cosas, que las especificaciones técnicas relativas a los suministros públicos podrán definirse especialmente mediante normas apropiadas y que, en este caso, procederá referirse, por orden de preferencia, a las normas comunitarias, a las normas europeas, a las normas internacionales, a las normas nacionales y, finalmente, a cualquier otra norma. La Comisión afirma que la disposición controvertida del RGCE no ha incorporado el orden de preferencia de esta norma.

100. El Gobierno español reconoce que no se ha incorporado el orden de preferencia

37 — En lo que respecta a los empresarios españoles, parece que la exigencia de clasificación es obligatoria. De este modo, el Gobierno español ha explicado que el trámite de clasificación es obligatorio para los contratos públicos de cuantía superior a 20 millones de pesetas y que los empresarios españoles no gozan de la posibilidad de acreditar su capacidad técnica y financiera por medios distintos de la clasificación. Interpreto estas afirmaciones en el sentido de que, en los contratos de la citada cuantía, únicamente los empresarios no españoles pueden optar entre la clasificación o la constitución de una fianza provisional.

38 — Véanse los apartados 12 y 13 de la sentencia del Tribunal de Justicia Transporoute.

establecido por el apartado 1 del artículo 7 de la Directiva 77/62 a la normativa española, en la que únicamente se afirma que las especificaciones técnicas podrán ser establecidas por referencia a normas nacionales o internacionales. No obstante, el Gobierno español señala que el artículo 7 ha sido modificado sustancialmente por el artículo 8 de la Directiva 88/295 y que, en estas condiciones, resulta inadecuado y poco razonable pedir la adaptación de la normativa española a la Directiva 77/62, o la adaptación a las normas de la Directiva 88/295, antes del transcurso de los plazos previstos. A este respecto, el Gobierno español sostiene que, precisamente, se concedió a España un plazo más largo, respecto del plazo normal, para adaptar el Derecho nacional a la Directiva 88/295. El Gobierno español alega que las pretensiones de la Comisión en el presente asunto no se corresponden con la obligación de facilitar en lo posible el cumplimiento por parte de los Estados miembros de las obligaciones que les incumben en virtud del Tratado y hace referencia, a este respecto, al artículo 5 del Tratado y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular, a la sentencia de 21 de marzo de 1991, Italia/Comisión. [39]

101. Los argumentos del Gobierno español carecen de relevancia. La obligación de adaptar el Derecho interno a las Directivas dentro de los plazos establecidos no se ve afectada por el hecho de que, con posterioridad, se lleven a cabo modificaciones de dichas Directivas y, por lo demás, ni del artículo 5 del Tratado, relativo a la obligación recíproca de los Estados miembros y de las Instituciones de la Comunidad de cooperación leal, ni de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, puede deducirse una autorización a la Comisión para dispensar del cumplimiento de los plazos de adaptación establecidos. Por consiguiente, ha de partirse de la base de que España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del apartado 1 del artículo 7 de la Directiva 77/62, al no adaptar su Derecho interno al orden de preferencia establecido en dicha disposición dentro de los plazos previstos.

102. En segundo lugar, la Comisión alega que el párrafo segundo del artículo 244 del RGCE es contrario al apartado 2 del artículo 7 de la Directiva 77/62.

El párrafo segundo del artículo 244 establece, entre otras cosas, lo siguiente:

«A menos que el objeto de la licitación lo exija, las especificaciones técnicas no mencionarán productos de una fabricación o procedencia determinada o procedimientos particulares, que puedan favorecer o eliminar competidores. Cuando el órgano de contratación no pueda ofrecer una descripción del objeto de la licitación por medio de otras especificaciones suficientemente precisas e inteligibles para los interesados, podrán indicarse marcas, licencias o tipos, siempre que vayan acompañadas de la mención "o equivalente".»

El apartado 2 del artículo 7 de la Directiva 77/62 dispone:

«A menos que tales especificaciones estén justificadas por el objeto del contrato, los Estados miembros prohibirán la introducción, en las cláusulas contractuales propias de un contrato determinado, de especificaciones técnicas que mencionen productos de una fabricación o de una procedencia determinada, o procedimientos especiales [...] Estará

39 — Asunto C-303/88, Rec. p. I-1433.

prohibida, en particular, la indicación de marcas, patentes o tipos, o la de un origen o una procedencia determinada; sin embargo, tal indicación acompañada de la mención "o equivalente" estará autorizada cuando el objeto del contrato sólo pueda ser descrito por medio de especificaciones suficientemente precisas y perfectamente inteligibles por todos los interesados.»

103. A este respecto, la Comisión afirma que el párrafo segundo del artículo 244 del RGCE permite que pueda indicarse «una fabricación o procedencia determinada», sin que vaya acompañada de la mención «o equivalente».

104. El Gobierno español alega que la disposición constituye, en parte, una prohibición general, cuya redacción es casi idéntica a la primera frase del apartado 2 del artículo 7 de la Directiva 77/62 y, en parte, una excepción, que se diferencia de la disposición correspondiente del apartado 2 del artículo 7, por ser más restrictiva en el sentido de que no permite mencionar en las especificaciones técnicas un origen o una producción determinados, ni aún acompañados de la expresión «o equivalente».

105. Es evidente que el apartado 2 del artículo 7 de la Directiva prohíbe tanto la indicación de *una procedencia determinada* o de *una fabricación determinada*, como la indicación de *marcas, patentes o tipos*. Resulta asimismo evidente que todas estas indicaciones deben emplearse si es necesario en circunstancias concretas y si van acompañadas de la expresión «o equivalente». Por el contrario, el párrafo segundo del artículo 244 del RGCE menciona las dos indicaciones citadas en primer lugar en su primera parte y las tres citadas en último lugar en la última parte. Debido a esto, la disposición resulta poco clara. Leída a primera vista en su literalidad, se obtiene la impresión de que puede citarse una procedencia o fabricación determinada a condición de que el objeto de la licitación lo exija, sin que se requiera la mención de la expresión «o equivalente», y que pueden citarse las marcas, patentes o tipos a condición de que los órganos de contratación no puedan ofrecer una descripción del objeto de la licitación por medio de otras especificaciones y de que estas indicaciones vayan acompañadas de la mención «o equivalente». Como se ha expuesto, el Gobierno español alega que esta interpretación es incorrecta puesto que la disposición en modo alguno permite que se indique la procedencia o fabricación de un producto. Sin embargo, la interpretación del Gobierno español, que supuestamente hace que esta disposición concuerde con la Directiva, no resulta suficientemente clara a la vista de su redacción y, por tanto, la posición jurídica en esta materia debe considerarse tan confusa que este hecho, en sí mismo, es contrario a la exigencia de Derecho comunitario de una correcta adaptación del Derecho interno a las Directivas.

106. A la vista de lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que declare que el artículo 244 es incompatible con la Directiva 77/62.

Disposiciones sobre criterios de atribución de los contratos

107. En su recurso, la Comisión afirma que la Ley de 24 de noviembre de 1939, de Ordenación y Defensa de la Industria Nacional y el artículo 11 del Real Decreto

946/1978, de 14 de abril de 1978, sobre la prestación farmacéutica, son incompatibles con el Derecho comunitario. Durante la vista, el Gobierno español aclaró que estas disposiciones habían sido derogadas. En estas circunstancias, la Comisión desistió de sus pretensiones.

Costas

108. Según he expuesto más arriba, ha de desestimarse el recurso interpuesto contra España en lo que respecta al párrafo octavo del artículo 2 y a los números 1 y 3 del párrafo primero del artículo 29 *bis* de la LCE, así como al párrafo octavo del artículo 2, al número 1 del párrafo primero del artículo 24 y a los números 1 y 3 del párrafo primero del artículo 93 *ter* del RGCE.

Puesto que opino que, no obstante, han de estimarse en lo fundamental las pretensiones de la Comisión, propongo al Tribunal de Justicia que condene al Reino de España al pago de las costas del procedimiento.

Conclusión

A la vista de todo lo anteriormente expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que:

«Declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 30 y 59 del Tratado CEE, de la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, y de la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro:

— al mantener disposiciones por las cuales se excluyen determinados supuestos del ámbito de aplicación de la legislación sobre contratos públicos, en especial, el número 3 del artículo 2 de la Ley de Contratos del Estado y el número 3 del artículo 2 del Reglamento General de Contratación del Estado;

— al mantener determinadas disposiciones que permiten la contratación directa, en especial, los números 1, 2, 7 y 8 del párrafo primero del artículo 37 y los números 1, 2 y 5 del párrafo cuarto del artículo 87 de la Ley de Contratos del Estado y los números 1, 2, 7 y 8 del párrafo primero del artículo 117 y los números 1, 2 y 5 del párrafo cuarto del artículo 247 del Reglamento General de Contratación del Estado, así como el artículo 120 del Real Decreto de Régimen Local;

— al mantener determinadas disposiciones relativas a normas de participación y criterios de selección cualitativa, en especial, los números 1 y 3 del párrafo primero del artículo 25, el párrafo quinto del artículo 284, el párrafo segundo del artículo 287, el párrafo segundo del artículo 312, el número 5 del párrafo tercero del artículo 320 y el artículo 341 del Reglamento General de Contratación del Estado;

— al mantener determinadas disposiciones sobre normas técnicas, en especial, el artículo 244 del Reglamento General de Contratación del Estado;

desestime el recurso en todo lo demás, y

condene en costas al Reino de España.»