CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. PHILIPPE LÉGER

presentadas el 13 de junio de 2002 [1]

1. Mediante el presente recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita que se declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1 y 2 de la Directiva 89/665/CEE. [2] Le reprocha, en esencia, que no haya adaptado correcta y completamente su ordenamiento jurídico interno a dichos artículos habida cuenta de que las medidas nacionales de adaptación excluyen:

— *a priori* de su ámbito de aplicación a los organismos públicos con estatuto privado;

— la interposición de recursos contra determinadas decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras durante el procedimiento de adjudicación de un contrato público, y

— la posibilidad de ordenar todo tipo de medidas cautelares útiles en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras, supeditando la adopción de dichas medidas a la previa interposición de un recurso sobre el fondo contra el acto ilegal.

I. Marco jurídico

Normativa comunitaria

2. La Directiva 89/665 pretende garantizar la aplicación efectiva de las Directivas en materia de contratos públicos [3] y, en particular, de la Directiva 71/305/CEE, [4] derogada y sustituida por la Directiva 93/37/CEE; [5] de la Directiva 77/62/CEE, [6] derogada y sustituida por la Directiva 93/36/CEE, [7] así como de la Directiva

1 — Lengua original: francés.

2 — Directiva del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO L 395, p. 33; en lo sucesivo, también denominada «Directiva sobre recursos»).

3 — Véanse los considerandos primero, tercero y cuarto.

4 — Directiva del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 185, p. 5; EE 17/01, p. 9).

5 — Directiva del Consejo, de 14 de junio de 1993 (DO L 199, p. 54).

6 — Directiva del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 13, p. 1; EE 17/01, p. 29).

7 — Directiva del Consejo, de 14 de junio de 1993 (DO L 199, p. 1).

92/50/CEE. [8] Las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 tienen por objeto coordinar los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios en los Estados miembros.

3. El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, en su versión modificada por el artículo 41 de la Directiva 92/50, dispone:

«En lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 71/305/CEE, 77/62/CEE y 92/50/CEE, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos siguientes y, en especial, en el apartado 7 del artículo 2, [9] cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.»

4. El artículo 2, apartado 1, de la Directiva sobre recursos precisa:

«Los Estados miembros velarán para que las medidas adoptadas en relación con los procedimientos de recurso contemplados en el artículo 1 prevean los poderes necesarios:

a) para adoptar, lo antes posible y mediante procedimiento de urgencia, medidas provisionales para corregir la infracción o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por [las entidades adjudicadoras];

b) para anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos de licitación, en los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión;

c) para conceder una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción.»

8 — Directiva del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1). Las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 se denominarán también, en lo sucesivo, «Directivas sobre procedimientos» o «Directivas sobre procedimientos aplicados en sectores denominados "no tradicionales"» (sobre el sentido de dicha expresión, véase el punto 48 de las presentes conclusiones).

9 — Con arreglo a dicha disposición, «los Estados miembros velarán para que las decisiones adoptadas por los organismos responsables de los procedimientos de recurso puedan ser ejecutadas de modo eficaz».

5. A tenor del artículo 2, apartado 8, de la Directiva 89/665, «cuando los organismos responsables de los procedimientos de recurso no sean de carácter jurisdiccional, sus decisiones deberán ir siempre motivadas por escrito. Además, en ese caso, deberán adoptarse disposiciones para que cualquier medida presuntamente ilegal adoptada por el organismo de base competente o cualquier presunta infracción cometida en el ejercicio de los poderes que tiene conferidos, pueda ser objeto de un recurso jurisdiccional [...]».

6. El concepto de entidades adjudicadoras se define en las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37.

7. Conforme al artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37, cuyo tenor es esencialmente idéntico al del artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50 y 93/36, se entiende por entidades adjudicadoras:

«[...] el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público.

[Por] organismo de Derecho público: cualquier organismo:

— creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,

— dotado de personalidad jurídica,

y

— cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien, cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.»

Normativa nacional

8. El ámbito de aplicación personal de la legislación española en materia de contratación pública queda definido en el artículo 1 de la Ley nº 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas, [10] que incluye a todas las administraciones públicas territoriales, ya sea la administración del Estado o las administraciones autonómicas y locales. En su apartado 3, dicho artículo establece:

«— Deberán asimismo ajustar su actividad contractual a la presente Ley los Organismos autónomos en todo caso y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, siempre que en aquéllas se den los siguientes requisitos:

a) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

b) Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de derecho público.»

9. La disposición adicional sexta de la misma Ley nº 13/1995, que se titula «Principios de contratación en el sector público», dispone lo siguiente:

«Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus Organismos autónomos, o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.»

10. Tras la interposición del presente recurso, el Reino de España aprobó una nueva versión codificada de la mencionada Ley, [11] que se limita a refundir y ordenar las disposiciones anteriores, sin alterar su esencia.

10 — BOE nº 119, de 19 de mayo de 1995, p. 14601; en lo sucesivo, «Ley nº 13/1995».

11 — Se trata del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE nº 148, de 21 de junio de 2000, p. 21775).

11. En lo referente a los recursos administrativos, el artículo 107 de la Ley nº 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su versión modificada por la Ley nº 4/1999,[12] señala que son susceptibles de recurso directo:

«[...] los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparables a derechos o intereses legítimos [...]».

12. En lo referente al recurso contencioso-administrativo, el artículo 25, apartado 1, de la Ley nº 29/1998 Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa,[13] se expresa en términos idénticos a los de la Ley nº 30/1992, al disponer que:

«El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración Pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos».

13. El artículo 111 de la Ley nº 30/1992, establece, bajo el epígrafe «Suspensión de la ejecución»:

«1. La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien competa resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurran alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho [...]

12 — BOE nº 12, de 14 de enero de 1999, p. 1739 (en lo sucesivo, «Ley nº 30/1992»).

13 — BOE nº 167, de 14 de julio de 1998, p. 23516 (en lo sucesivo, «Ley nº 29/1998»).

3. La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurridos treinta días desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, éste no ha dictado resolución expresa al respecto.»

14. Los artículos 129 y siguientes de la Ley nº 29/1998 instauran un sistema de adopción rápida de medidas cautelares. Con arreglo al artículo 129, apartado 1:

«Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia».

15. El artículo 136 de la misma Ley establece:

«1. En los supuestos de los artículos 29 y 30, la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada.

2. En los supuestos del apartado anterior, las medidas también podrán solicitarse antes de la interposición del recurso, tramitándose conforme a lo dispuesto en el artículo precedente. En tal caso, el interesado habrá de pedir su ratificación al interponer el recurso, lo que habrá de hacerse inexcusablemente en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la adopción de las medidas cautelares. [...]

De no interponerse el recurso, quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas, debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios que la medida cautelar haya producido».

16. Los artículos 29 y 30 de la Ley nº 29/1998 se refieren a: a) los casos en que la administración está obligada, en virtud de una disposición, contrato o acto, a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas; b) los casos en que la administración no ejecuta sus actos firmes, o c) la vía de hecho.

II. Marco procedimental

A. *Procedimiento administrativo previo*

17. Mediante escrito de 18 de diciembre de 1991, el Gobierno español comunicó a la Comisión los textos legales vigentes en aquel momento mediante los cuales éste

consideraba ya efectuada la adaptación del Derecho interno a la Directiva 89/665, a saber, la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, la Ley de Procedimiento Administrativo de 18 de julio de 1958, la Ley de Contratos del Estado y la Constitución Española.

18. A raíz de la correspondencia intercambiada en 1994 entre los servicios de la Comisión y las autoridades españolas sobre la conformidad de los textos normativos nacionales con las disposiciones comunitarias y por considerar que las respuestas dadas por las referidas autoridades no eran satisfactorias, la Comisión notificó al Gobierno español, el 29 de mayo de 1996, un escrito de requerimiento.

19. En dicho escrito, la Comisión reprochó a las medidas de adaptación españolas lo siguiente:

— su ámbito de aplicación personal no coincide con el de la Directiva sobre recursos,

— los actos denominados «de trámite» sólo pueden ser objeto de recurso directo en casos excepcionales y

— la suspensión de un acto administrativo ilegal está supeditada al planteamiento de un recurso sobre el fondo contra éste.

20. El 9 de octubre de 1996, en respuesta al escrito de requerimiento, el Gobierno español alegó, en lo referente al primer punto, que la Ley nº 13/1995 realiza una transcripción literal del concepto de «organismo de Derecho público» de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37. Respecto a los otros dos puntos, recordó los casos en los que un acto de trámite puede ser objeto de recurso directo e insistió en la exigencia legal de que para suspender una decisión ilegal es necesaria la interposición previa de un recurso sobre el fondo contra dicha decisión.

21. Pese a los intercambios de correspondencia que tuvieron lugar en 1998, las autoridades españolas y la Comisión confirmaron sus posturas respectivas sobre las imputaciones primera y tercera —referidas al ámbito de aplicación y a las medidas provisionales. En cuanto a la segunda imputación— basada en la adaptación incorrecta del Derecho interno en lo referente al concepto de «actos impugnables»—, dichas autoridades informaron a la Comisión, el 14 de enero de 1999, de que la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa modificaba parcialmente el régimen aplicable a los actos de trámite.

22. El 2 de febrero de 1999, las autoridades españolas comunicaron oficialmente a la Comisión la Ley nº 29/1998 y la Ley nº 4/1999.

23. Por considerar que tampoco los nuevos textos legales le permitían llegar a la conclusión de que el Reino de España había puesto fin a los incumplimientos que se le imputaban en el escrito de requerimiento, la Comisión remitió a éste, el 25 de agosto de 1999, un dictamen motivado. En dicho dictamen, reiteró el contenido del escrito de requerimiento e instó al Gobierno español a adoptar las medidas necesarias para conformarse al dictamen motivado en el plazo de dos meses a partir de su notificación.

24. El 8 de noviembre de 1999, en respuesta a dicho dictamen motivado, el Gobierno español negó los incumplimientos invocados y refutó el análisis de la Comisión.

25. Por considerar que la respuesta que de esta forma se dio no le permitía llegar a la conclusión de que el Reino de España se había atenido a las obligaciones que le incumben en virtud de las disposiciones de la Directiva sobre recursos, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

B. *Pretensiones de las partes*

26. El recurso de la Comisión fue registrado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 30 de mayo de 2000.

27. La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

1) Declare que, al haber omitido tomar las medidas necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en los artículos 1 y 2 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y obras, y, en particular, al haber omitido:

— extender el sistema de recursos garantizados por la citada Directiva a las decisiones adoptadas por todas las entidades adjudicadoras, entendidas en el sentido definido por el artículo 1, apartado 1, de las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE, incluidas las sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotadas de personalidad jurídica, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las administraciones públicas u otros organismos de Derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien, cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por las administraciones públicas u otros organismos de derecho público;

— permitir la interposición de recursos contra todas las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras, incluidos todos los actos de trámite, durante el procedimiento de adjudicación de un contrato público;

— prever la posibilidad de adoptar todo tipo de medidas cautelares útiles en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras, incluidas las medidas destinadas a permitir la suspensión de una decisión administrativa, eliminando para ello todo tipo de dificultades y obstáculos y, en particular, la necesidad de interponer previamente un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora,

el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario.

2) Condene en costas al Reino de España.

28. El Reino de España solicita al Tribunal de Justicia que:

— Desestime el recurso.

— Condene en costas a la Comisión.

III. Sobre el primer motivo, basado en la adaptación incorrecta del Derecho interno en lo referente al ámbito de aplicación personal de la Directiva sobre recursos (infracción del artículo 1, apartado 1, de dicha Directiva)

A. *Alegaciones de las partes*

1. Alegaciones de la Comisión

29. La Comisión reprocha al Reino de España haber considerado equivocadamente que las entidades de Derecho privado quedan excluidas *a priori* del ámbito de aplicación personal de la Directiva sobre recursos.

30. La Comisión recuerda que, al adaptar su ordenamiento jurídico interno a las Directivas comunitarias, los Estados miembros están obligados a respetar el sentido de los términos y conceptos empleados en éstas, con el fin de garantizar la uniformidad de la interpretación y la aplicación de los textos en los diferentes Estados miembros.

31. Por consiguiente, las autoridades españolas están obligadas a dar a la expresión «organismo de Derecho público», empleada en las Directivas sobre procedimientos, el mismo sentido que tiene en Derecho comunitario. Según la Comisión, las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 no hacen mención alguna al régimen, público o privado, bajo el que se han constituido los organismos de Derecho público ni a la forma jurídica adoptada, sino que se interesan más por otros criterios, entre ellos la finalidad para la que dichos organismos han sido creados. Alega que su interpretación queda corroborada por la sentencia de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros.[14] Señala que, en efecto, el Tribunal de Justicia declaró en esta sentencia que dicha expresión debe interpretarse de manera funcional. Por consiguiente, la forma jurídica de una entidad carece de relevancia.

32. Ahora bien, la Comisión alega que el tenor del artículo 1 de la Ley nº 13/1995, que recoge casi literalmente el de las disposiciones correspondientes de las Directivas sobre procedimientos, contiene sin embargo una diferencia esencial. Con arreglo a esta disposición, las entidades de Derecho privado quedan excluidas del ámbito de aplicación de dicha Ley. A este respecto, la Comisión subraya que, en el ordenamiento jurídico español, el concepto de «organismo de Derecho público» está relacionado con la forma de constitución de tales entidades. De ello deduce que la Ley nº 13/1995, en relación con la disposición adicional sexta de dicha Ley, añade un requisito previo que no está previsto en la normativa comunitaria, a saber, que la forma de la entidad sea de Derecho público. Como consecuencia de ello, las entidades de Derecho privado quedan siempre, por definición, fuera del ámbito de aplicación de la referida Ley, independientemente de que se ajusten en todo lo demás a las disposiciones de su artículo 1, apartado 3.

33. Según la Comisión, al quedar fuera del ámbito de aplicación de dicha normativa española, los organismos públicos con estatuto de Derecho privado también quedan fuera del ámbito de aplicación de las normas reguladoras de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos y, por ende, del régimen de recursos en materia de contratación pública, independientemente de que hayan sido creados para satisfacer necesidades de interés general o necesidades puramente industriales o mercantiles. Esta exclusión infringe por tanto las disposiciones de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 relativas a su ámbito de aplicación, así como las disposiciones de la Directiva 89/665, en la medida en que impide la aplicación de las garantías procesales previstas por ésta.

34. En lo que se refiere a la tesis del Gobierno español de que las dificultades interpretativas que ha suscitado la expresión «necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil» requieren para su solución un examen detallado, caso por caso, para determinar si un organismo o entidad cumple o no los requisitos de sujeción a las Directivas comunitarias, la Comisión destaca que dichas dificultades no pueden justificar que se excluya *a priori*, como hace el referido Gobierno, todo un grupo de organismos —las entidades de Derecho privado

14 — C-44/96, Rec. p. I-73 (apartados 17 a 35).

que cumplan los tres requisitos exigidos por las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37— del ámbito de aplicación de la Directiva 89/665, aun cuando dicha exclusión esté sometida a un reexamen caso por caso.

2. Alegaciones del Reino de España

35. Con carácter principal, el Gobierno español alega que el recurso de la Comisión es infundado y que, por consiguiente, no tiene razón al afirmar que el ordenamiento jurídico español fue adaptado incorrectamente al concepto de «entidades adjudicadoras» contenido en el artículo 1 de la Directiva sobre recursos.

36. Según el Gobierno español, al reprocharle formalmente haber infringido las disposiciones del artículo 1 de la Directiva sobre recursos, la Comisión se queja realmente de la deficiente adaptación del Derecho interno al artículo 1 de las Directivas sobre procedimientos. Señala que, sin embargo, al no haber solicitado al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la infracción de estas disposiciones, la Comisión se ha privado de la posibilidad de obtener una sentencia del Tribunal de Justicia sobre dicho extremo. El Gobierno español alega que corresponde por tanto a la Comisión ejercitar adecuadamente su acción, es decir, incoar un procedimiento distinto para solicitar que se declare el incumplimiento de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 en caso de que pretenda imputar al Reino de España la deficiente adaptación de su Derecho interno en lo referente al ámbito de aplicación personal de éstas.

37. En cualquier caso, el Gobierno español aduce que el artículo 1 de las Directivas sobre procedimientos carece de relevancia para interpretar el concepto de «entidades adjudicadoras» contenido en el artículo 1 de la Directiva sobre recursos y ello por dos razones. Por una parte, las Directivas sobre recursos y procedimientos no tienen el mismo objeto. Por otra, se aplican en fases distintas del procedimiento de contratación pública. La Directiva 89/665 exige expresamente a los Estados miembros que establezcan procedimientos de recurso eficaces y rápidos contra el incumplimiento de las normas previstas en las Directivas sobre procedimientos en materia de contratación pública. Por consiguiente, la Directiva 89/665 se aplica después de las Directivas sobre procedimientos. El concepto de «entidades adjudicadoras» que contempla la Directiva 89/665 no puede, por tanto, interpretarse a la luz del concepto de «organismo de Derecho público» definido anteriormente en las Directivas sobre procedimientos.

38. Con carácter subsidiario, el Gobierno español alega que, en lo referente al ámbito de aplicación personal de las Directivas sobre procedimientos, el Derecho interno fue adaptado correctamente.

39. En primer lugar, por lo que respecta a la interpretación de las normas aplicables, el Gobierno español subraya que la expresión «organismo de Derecho público» que se emplea en las Directivas sobre procedimientos hace alusión a una entidad de Derecho público y que, en España, se emplean indistintamente las expresiones «entidad de Derecho público» y «organismo de Derecho público».

40. Alega que el concepto de «organismo de Derecho público» no se presta a una definición autónoma y general.

41. Así, el Gobierno español destaca que las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37 no incluyen en el concepto de «organismo de Derecho público» a las sociedades mercantiles bajo control público. Según él, el hecho de que la Directiva 93/38/CEE, [15] sobre los procedimientos de adjudicación de contratos públicos en sectores especiales, diferencie el concepto de «organismo de Derecho público», idéntico en las cuatro Directivas, y el de «empresa pública», cuya definición se corresponde con la de «sociedad mercantil pública», demuestra que se trata de dos conceptos distintos. El Gobierno español considera que las sociedades mercantiles con capital mayoritariamente público se identifican con el concepto de «empresa pública», a la que sólo se aplica la Directiva 93/38. Añade que dichas sociedades nunca podrían hallarse en el ámbito de aplicación de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, dado que el concepto de «empresa pública» aparece exclusivamente en la Directiva 93/38, aun cuando podría haberse incorporado también a las otras dos Directivas del mismo día (a saber las Directivas 93/36 y 93/37) de haberlo deseado así el legislador.

42. El Gobierno español señala además que el concepto de «organismo de Derecho público» supone la previa determinación del carácter mercantil o industrial de la «necesidad de interés general» que se pretende satisfacer. Subraya que, en el ordenamiento jurídico español, las sociedades mercantiles públicas satisfacen, en principio, necesidades de interés general, ya que en caso contrario no estarían bajo control público. No obstante, dichas necesidades tienen carácter mercantil o industrial, pues en caso contrario no constituirían el objeto de una sociedad mercantil. En otros términos, en España la forma jurídica de la entidad es primordial para identificar el régimen aplicable a su actividad. De este modo, en España, una entidad de Derecho público, constituida con arreglo a una forma pública, se rige por el Derecho público. Por el contrario, una entidad de Derecho privado, constituida con arreglo a una forma privada, se rige por el Derecho privado. No puede ser considerada un organismo de Derecho público y no está sujeta, en principio, a las normas que regulan los contratos públicos.

43. Habida cuenta de que la interpretación del concepto de «organismo de Derecho público» no es pacífica en los distintos Estados miembros, el Gobierno español estima que no es posible encontrar una solución definitiva de carácter general mediante la que se determine el ámbito de aplicación personal de las Directivas sobre procedimientos y recursos. Considera, por el contrario, que es preciso analizar cada caso concreto y, en particular, el contexto en que se enmarca. Así pues, el Gobierno español infiere de lo antes expuesto que para determinar si un organismo o entidad cumple o no los requisitos de sujeción a las Directivas comunitarias se ha de efectuar un examen detallado, caso por caso.

15 — Directiva del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 199, p. 84).

B. *Apreciación*

44. Según el artículo 1 de la Ley nº 30/1992, en relación con la disposición adicional sexta de la misma Ley, los organismos públicos con estatuto de Derecho privado quedan, en principio, fuera del ámbito de aplicación de las normas reguladoras de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos.

45. Sin embargo, el tenor literal del artículo 1, apartado 1, de la Directiva sobre recursos así como sus objetivos se oponen a que la forma y régimen jurídicos de Derecho privado de un organismo puedan excluirlo del ámbito de aplicación *rationae personae* de la Directiva sobre recursos.

46. El artículo 1, apartado 1, de la Directiva sobre recursos establece expresamente que el concepto de «entidades adjudicadoras» se define en relación con el ámbito de aplicación de las Directivas sobre procedimientos tal como se explica en el artículo 1, letra b), de las referidas Directivas.

47. El artículo 1, apartado 1, de la Directiva sobre recursos dispone, en efecto:

«En lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas [92/50, 93/36 y 93/37], los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos siguientes y, en especial, en el apartado 7 del artículo 2, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.»

48. Así, dicho artículo establece, fundamentalmente, que las *decisiones de las entidades adjudicadoras* deben poder ser objeto de recurso de manera eficaz y rápida. No define *directamente* el concepto de «entidades adjudicadoras», pero se remite *especialmente* a las disposiciones sobre el ámbito de aplicación de las Directivas que regulan los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos en los sectores denominados «tradicionales», en contraposición con los sectores denominados «especiales». [16] Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos en los sectores especiales se enuncian en la Directiva 90/531/CEE, [17] derogada y sustituida por la Directiva 93/38. La Directiva 92/13/CEE [18] fue adoptada precisamente [19] para crear los procedimientos de recurso

16 — Por «sectores especiales» se entienden los sectores de utilidad pública como el agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones.

17 — Directiva del Consejo, de 17 de septiembre de 1990, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 297, p. 1).

18 — Directiva del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 76, p. 14).

19 — El cuarto considerando de la Directiva 92/13 precisa, en efecto, que la Directiva 89/665 se limita a los procedimientos de formalización de contratos públicos en los sectores denominados «tradicionales».

contra las decisiones de las entidades adjudicadoras tomadas en el contexto de la Directiva 93/38. Así, adapta a los sectores de utilidad pública los recursos previstos en la Directiva 89/665 para los sectores tradicionales y crea, además, determinados recursos específicos. [20]

49. Por consiguiente, el ámbito de aplicación de la Directiva sobre recursos queda claramente circunscrito al de las Directivas sobre procedimientos que rigen los sectores denominados «tradicionales». Así pues, las normas establecidas en la Directiva 89/665 no conciernen a los procedimientos de recurso incoados contra las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras en el contexto de la Directiva 93/38. En consecuencia, la alegación del Gobierno español de que la distinción que se establece en la Directiva 93/38 entre los conceptos de entidades adjudicadoras y de «empresa pública» aboga en favor de la imposibilidad de proporcionar una definición autónoma del concepto de «entidades adjudicadoras» que figura en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva sobre recursos carece de relevancia.

50. De lo antes expuesto se infiere que el concepto de «entidades adjudicadoras» contenido en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva sobre recursos debe apreciarse a la luz del artículo 1, letra b), de las Directivas sobre procedimientos, que delimita el ámbito de aplicación personal de las referidas Directivas.

20 — Véase el procedimiento de certificación (artículos 3 a 7 de la Directiva 92/13), el mecanismo corrector (artículo 8 de la Directiva 92/13) y el procedimiento de conciliación (artículos 9 a 11 de la Directiva 92/13).

51. El objetivo de la Directiva sobre recursos confirma el tenor literal de su artículo 1, apartado 1, y, por consiguiente, el estrecho vínculo que existe entre la referida Directiva y las Directivas sobre procedimientos.

52. En efecto, con arreglo a los considerandos primero, tercero y cuarto de la Directiva sobre recursos, la finalidad de la Directiva 89/665 consiste en crear recursos eficaces y rápidos contra las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras en el contexto de las Directivas en materia de contratación pública de obras, suministros y servicios para garantizar la aplicación efectiva de las referidas Directivas sobre procedimientos.

53. La identidad del ámbito de aplicación de la Directiva sobre recursos y el de las Directivas sobre procedimientos adoptadas con anterioridad justifica, además, la utilización de una técnica legislativa que evita sobrecargar inútilmente un texto y, por tanto, simplificar su lectura. En efecto, un concepto común a una materia única, como la de obras públicas, que ya fue definido en Directivas anteriores, puede explicitarse mediante una remisión expresa a las disposiciones relevantes de las Directivas adoptadas anteriormente, sin que quepa reprochar a tal técnica legislativa que no cumpla las exigencias de claridad y seguridad jurídica.

54. De las consideraciones antes expuestas se deduce que el concepto de «entidades adjudicadoras» al que se refiere el artículo 1

de la Directiva sobre recursos se define en el artículo 1, letra b), de las Directivas sobre procedimientos. Falta ahora determinar lo que debe entenderse por dicho concepto.

55. A tenor del artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, las entidades adjudicadoras son:

«[...] el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones formadas por uno o varios de dichos organismos de Derecho público o de dichos entes.

Se entenderá por "organismo de Derecho público" todo organismo:

— creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general, que no tenga carácter industrial o mercantil,

— dotado de personalidad jurídica,

y

— cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público; o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichos organismos; o tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, de cuyos miembros más de la mitad sean designados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.»

56. Por lo que respecta a dicha definición, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente [21] que «[...] el concepto de entidad adjudicadora, incluido el de organismo de Derecho público, debe recibir una interpretación funcional». [22]

57. Además, el Tribunal de Justicia ha declarado invariablemente que por «organismo de Derecho público» ha de entenderse aquel que reúna los tres requisitos acumulativos que se enuncian en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas sobre procedimientos. [23]

58. Hay que añadir que, según el Tribunal de Justicia, el tercer requisito enunciado en

21 — Desde la sentencia Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada (apartados 20 a 29).

22 — Véase la sentencia de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia (C-237/99, Rec. p. I-939), apartado 43.

23 — *Ibidem* (apartados 39 y 40).

el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, de las Directivas sobre procedimientos enumera criterios alternativos que reflejan la estrecha dependencia de un organismo respecto del Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público. [24]

59. El Tribunal de Justicia aprecia a la luz de dicha jurisprudencia si un organismo debe o no considerarse entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas sobre procedimientos.

60. En el caso en el que recayó la sentencia Comisión/Francia, antes citada, la República Francesa se oponía a que se consideraran organismos de Derecho público, en el sentido de la Directiva 93/37, las sociedades anónimas de viviendas de alquiler moderado, [25] reguladas por los artículos L. 411-1 del Código de la construcción y la vivienda francés. Según la República Francesa, aunque ciertamente concurrían los dos primeros requisitos, no sucedía lo mismo respecto al tercero de los enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, tercer guión, de dicha Directiva, en la medida en que dicho organismo no presentaba vínculos suficientemente estrechos con los poderes públicos que pudieran influir en sus decisiones en materia de contratos públicos. El Gobierno francés alegó, por consiguiente, que no cabía considerar que las SA VAM fueran entidades adjudicadoras y que, por tanto, no les eran aplicables los procedimientos de contratación pública de obras.

61. El Tribunal de Justicia no analizó la forma y régimen jurídicos de dichos organismos que se rigen por el Derecho privado, sino que apreció si concurrían los tres requisitos acumulativos enunciados en el artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37. A este respecto, consideró, contrariamente al Gobierno francés, que el tercer requisito también concurría, en la medida en que la gestión de las SA VAM estaba sujeta a un control de los poderes públicos que les permitía influir en las decisiones de aquéllas en materia de contratos públicos. [26]

62. De igual modo, en la sentencia Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada, el Tribunal de Justicia estimó que una entidad como la Österreichische Staatsdruckerei (ÖS) debía considerarse un organismo de Derecho público y, por consiguiente, una entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37. El Tribunal de Justicia observó sin embargo que, según la Ley que la creó, dicha entidad posee la calidad de comerciante en el sentido del Código Mercantil, está inscrita en el Registro Mercantil del Tribunal de Comercio de Viena (Austria) y sus actividades se rigen por las normas mercantiles.

24 — *Ibidem* (apartado 44).

25 — En lo sucesivo, «SA VAM».

26 — Sentencia Comisión/Francia, antes citada (apartado 60).

63. Asimismo, en la sentencia de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding,[27] el Tribunal de Justicia declaró que la sociedad anónima ARA, sociedad mercantil de Derecho privado, a la que los municipios de Arnhem y Rheden (Países Bajos) encomendaron tareas en el ámbito de la recogida de basuras y de la vía pública, podía corresponder al concepto de «organismo de Derecho público» y, por consiguiente, ser considerada una entidad adjudicadora, en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva 92/50, en el caso de que cumpliera los requisitos enunciados en dicho texto. En la referida sentencia, el Tribunal de Justicia precisó que «el tenor del párrafo segundo de la letra b) del artículo 1 de la Directiva 92/50 no contiene referencia alguna al fundamento jurídico de las actividades del organismo de que se trate» [28] y que «para dar plenos efectos al principio de libre circulación, el concepto de entidad adjudicadora debe recibir una interpretación funcional [...]. Esta necesidad se opone a que se establezcan diferencias en función de la forma jurídica de las disposiciones por las que se crea el organismo y se especifican las necesidades que éste debe satisfacer». [29]

64. De lo antedicho se infiere que a los organismos, entidades y empresas [30] que entran en el ámbito de aplicación de las Directivas sobre procedimientos les afecta la Directiva sobre recursos. En otras palabras, dichas entidades han de considerarse entidades adjudicadoras, en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva sobre recursos, si cumplen los tres requisitos acumulativos enunciados en el apartado 1, letra b), de las Directivas sobre procedimientos. A este respecto, procede subrayar que, con arreglo al artículo 1, letra b), de las Directivas sobre procedimientos, la forma y régimen jurídicos de un organismo no constituyen uno de los criterios que permiten calificarlo de organismo de Derecho público o de entidad adjudicadora.

65. Estimo por tanto que al excluir, *a priori,* del ámbito de aplicación personal de dicha Directiva a las entidades cuya forma y régimen jurídicos se rigen por el Derecho privado, los textos legales españoles de adaptación a la Directiva sobre recursos, no se ajustan al concepto de «entidades adjudicadoras» contenido en el artículo 1 de la Directiva sobre recursos y definido en las Directivas sobre procedimientos de adjudicación de contratos públicos y, en particular, en las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37.

66. Sobre la base de todas las consideraciones antes expuestas llego a la conclusión de que, al abstenerse de extender el sistema de recursos garantizados por la Directiva 89/665 a las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras, en el sentido del artículo 1, letra b), de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37, constituidas en forma de sociedades de Derecho privado que cumplen los requisitos enunciados en dicho artículo, el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1 y 2 de la Directiva 89/665.

27 — C-360/96, Rec. p. I-6821.
28 — *Ibidem* (apartado 61).
29 — *Ibidem* (apartado 62).
30 — La terminología empleada en cada asunto es irrelevante.

IV. Sobre el segundo motivo, basado en la adaptación incorrecta del Derecho interno en lo referente al concepto de «actos impugnables» (infracción de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, de la Directiva sobre recursos)

A. *Alegaciones de las partes*

1. Alegaciones de la Comisión

67. La Comisión reprocha al Reino de España que limite la posibilidad de recurrir determinadas decisiones de la entidad adjudicadora, en particular determinados actos de trámite.

68. La Comisión recuerda que la Directiva 89/665 no establece ninguna excepción a la posibilidad de recurrir las decisiones ilegales de las entidades adjudicadoras. Alega, por consiguiente, que en la medida en que las disposiciones españolas en materia de recursos excluyen la posibilidad de recurrir determinadas decisiones ilegales de las entidades adjudicadoras, el ámbito de aplicación de la Directiva 89/665 ha sido injustificadamente reducido. Subraya que, en su sentencia de 28 de octubre de 1999, Alcatel Austria y otros,[31] el Tribunal de Justicia declaró que se desprende del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 que los recursos que contempla tienen por objeto las decisiones adoptadas por la entidad adjudicadora cuando éstas han infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales, sin que dicha disposición prevea una restricción en lo que atañe a la naturaleza y al contenido de estas decisiones.

69. Ahora bien, las disposiciones españolas relevantes (a saber, el artículo 107 de la Ley nº 30/1992 y el artículo 25, apartado 1, de la Ley nº 29/1998) limitan la posibilidad de interponer recursos cuando se trata de atacar los llamados actos de trámite, es decir, los actos administrativos que no ponen fin a un procedimiento administrativo.

70. En apoyo de este motivo, la Comisión cita dos tipos de actos de trámite que, en contra de las disposiciones de la Directiva 89/665, no son susceptibles de recurso.

71. El primer ejemplo está basado en una sentencia del Tribunal Supremo (España) y se refiere a una solicitud de documentos adicionales. Según la Comisión, la solicitud de que una empresa que opta a la adjudicación presente documentos adicionales sólo es impugnable si la empresa de que se trata queda excluida del procedimiento por no haber transmitido los documentos adicionales reclamados. Ahora bien, en su opinión, esta empresa podría, aun sin

31 — C-81/98, Rec. p. I-7671 (apartado 35).

quedar excluida de dicho procedimiento, encontrarse en una situación de inferioridad en relación con otras empresas licitadoras. Considera, por lo tanto, que la solicitud de presentación de documentos adicionales debería ser, en sí, impugnable.

72. El segundo ejemplo se refiere a las propuestas de adjudicación formuladas por las comisiones que están bajo la autoridad de la entidad adjudicadora. Según la Comisión, las propuestas de dichas comisiones a las que la entidad adjudicadora encomienda preparar el acto de adjudicación no son impugnables en contra de lo dispuesto en la Directiva sobre recursos.

73. La Comisión llega a la conclusión de que la legislación española de adaptación excluye cualquier recurso jurisdiccional contra determinadas decisiones de las entidades adjudicadoras en razón de su índole y de su contenido. Por consiguiente, dicha normativa nacional incumple las disposiciones del artículo 1 de la Directiva sobre recursos.

2. Alegaciones del Reino de España

74. El Reino de España rechaza este motivo por considerar que la Comisión no ha demostrado la existencia de incumplimiento alguno. En efecto, según él, no cabe considerar impugnables los actos que invoca la Comisión por no ser lesivos o por ser meros actos preparatorios. Alega que los artículos 1 y 2 de la Directiva sobre recursos establecen expresamente que sólo las decisiones que entrañan un perjuicio pueden ser impugnadas. Añade que la jurisprudencia que invoca la Comisión no contradice esta afirmación. Por consiguiente, la sentencia Alcatel Austria y otros, antes citada, carece de relevancia en el presente asunto.

75. El Gobierno español alega que la postura de la Comisión implica un desconocimiento del concepto de «acto de trámite», en el sentido del Derecho español.

76. En Derecho español, por definición, un acto de trámite no entraña un perjuicio para el interesado sino que, a lo más, prepara una resolución definitiva favorable o desfavorable. Así, el acto de trámite no implica una toma de postura, sino que forma parte de un procedimiento encaminado a elaborar una decisión. El Gobierno español explica que si un acto aparentemente de trámite implicara por sí mismo una toma de postura, dejaría de ser un puro acto de trámite y sería impugnable. En efecto, otra cosa iría en contra del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

77. La distinción entre los actos de trámite o los actos preparatorios [32] y las decisiones

32 — La terminología empleada al respecto es irrelevante.

que efectúa el Derecho español no resulta singular. En efecto, según el Gobierno español, los sistemas de recurso que existen en los distintos Estados miembros también están supeditados a la norma de que los trámites destinados a facilitar una decisión no pueden ser objeto de una controversia aislada, sino con ocasión de la impugnación de dicha decisión, a menos que el recurrente demuestre que para él no se trata de un mero trámite, sino de un acto que le causa un perjuicio definitivo. Alega que por tanto el sistema español no es diferente de los otros sistemas de recursos existentes en los demás Estados miembros.

78. En cualquier caso, el Gobierno español se pregunta qué utilidad tiene para el interesado impugnar un acto de trámite que, en sí mismo, no le perjudica. Aduce además que el objetivo de la Directiva sobre recursos no puede consistir en impedir la continuación de un procedimiento de contratación pública al permitir la interposición de recursos dilatorios e intempestivos contra cualquier acto preparatorio de una decisión de la entidad adjudicadora.

79. En lo que se refiere a la afirmación de la Comisión de que el sistema español entraña una aplicación no uniforme de la Directiva 89/665, el Gobierno español observa que la Comisión no ha justificado en qué resulta contrario dicho sistema a los objetivos de la Directiva sobre recursos. Recuerda que es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que corresponde a la Comisión demostrar la existencia del incumplimiento alegado. Pues bien, en el presente asunto, la Comisión no ha citado ningún ejemplo concreto que pueda demostrar que la legislación española no garantiza a los interesados una tutela judicial efectiva y eficaz contra cualquier acto de trámite que les sea lesivo.

80. Por lo que respecta al primer ejemplo presentado por la Comisión, el Gobierno español observa que ésta tampoco expuso la razón por la que los criterios aplicados por el Tribunal Supremo en la sentencia por ella citada son supuestamente contrarios a la finalidad de la Directiva 89/665. En dicha sentencia, el Tribunal Supremo explicó que:

— el acto impugnado es tanto la decisión final de adjudicación del contrato como el requerimiento que la administración hizo a las tres empresas que optaban a la adjudicación para que entregaran determinada documentación complementaria (fundamento primero de la sentencia);

— dicho requerimiento es un acto de trámite, pues no pone fin al expediente sino que constituye un eslabón para alcanzar ese fin; no es una decisión impugnable autónomamente, sino un mero presupuesto de la decisión o resolución; la validez de dicha solicitud

de documentación complementaria sólo puede cuestionarse en el seno del proceso de revisión del acto definitivo (fundamento segundo);

— el defecto achacado a la solicitud de información no hace nulo el acuerdo de adjudicación (fundamento quinto);

— la adjudicación final del contrato se impugna sobre la base de que la empresa adjudicataria no presentó la documentación solicitada por la administración. Tal como entendió la administración, la documentación que faltaba no era esencial, sino que constituía un defecto perfectamente subsanable (fundamento cuarto).

81. En lo referente al segundo ejemplo, el Tribunal Supremo considera que las comisiones de que se trata no pueden considerarse entidades adjudicadoras habida cuenta de que no adoptan decisiones sino que sólo intervienen en el proceso de toma de decisiones.

82. Por consiguiente, el Gobierno español considera que, al no haber justificado la Comisión en qué se adaptó incorrectamente el Derecho español a la Directiva 89/665 ni la razón por la que tal Directiva no desplegará en éste todos sus efectos mientras no se altere la norma general —según la cual un acto de trámite, en el sentido del Derecho español, no es impugnable—, debe desestimarse el segundo motivo.

B. *Apreciación*

83. Con arreglo al artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras deben poder ser *recurridas de manera eficaz* y lo más *rápidamente* posible en caso de infracción del Derecho comunitario en materia de contratos públicos o de las normas nacionales de adaptación al citado Derecho. El artículo 1, apartado 3, de dicha Directiva precisa que los procedimientos de recurso establecidos han de ser *accesibles,* como mínimo, a cualquier *persona* que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministros, de obras o de servicios y que se haya visto o *pueda verse perjudicada por una presunta infracción.*

84. El artículo 2, apartado 1, de la Directiva sobre recursos enumera las medidas que han de adoptarse en el marco de los procedimientos de recurso que los Estados miembros establezcan en su Derecho nacional. En la letra a) de dicha disposición se precisa que las medidas provisionales deben adoptarse mediante un procedimiento de urgencia; en la letra b), se prevé la posibilidad de anular o de hacer que se anulen las decisiones ilegales, y, en la letra c), la concesión de una indemnización por daños y perjuicios.

85. El artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva sobre recursos no define las *decisiones ilegales* cuya anulación puede solicitarse. En efecto, dicha disposición se limita a establecer que las *decisiones ilegales* comprenden en particular las decisiones relativas a las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos que se refieran al procedimiento de adjudicación del contrato público controvertido. [33]

86. Como se desprende de los artículos 1 y 2 de la Directiva 89/665, así como de sus objetivos, [34] los recursos contra las decisiones de las entidades adjudicadoras pretenden garantizar, en cualquier momento del procedimiento de adjudicación, la aplicación efectiva de las Directivas comunitarias en materia de adjudicación de los contratos públicos, en particular en la fase en la que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse. [35] Por consiguiente, los recursos circunscritos a la posibilidad de obtener una reparación pecuniaria por el perjuicio sufrido por el incumplimiento de las Directivas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos son insuficientes para garantizar la aplicación efectiva de dichas normas.

87. El Tribunal de Justicia dedujo de dichos elementos que todas las decisiones de las entidades adjudicadoras, cualquiera que sea su naturaleza y contenido, son impugnables. [36] Interpretó, en consecuencia, que la Directiva sobre recursos se opone a que determinadas disposiciones nacionales sólo ofrezcan a los recurrentes perjudicados la posibilidad de solicitar la anulación de la decisión de la entidad adjudicadora, anterior a la celebración de contrato, por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato. El Tribunal de Justicia declaró, además, que la limitación de los recursos contra dicha Decisión únicamente a las solicitudes de indemnización por daños y perjuicios [37] no permite garantizar la efectividad de las disposiciones de las Directivas sobre procedimientos.

88. Habida cuenta de los objetivos que persigue la Directiva sobre recursos y del tenor literal de sus artículos 1 y 2, el Tribunal de Justicia se propuso dar así una definición amplia del concepto de «decisión», en el sentido de dichas disposiciones. Por «decisión» ha de entenderse por tanto cualquier acto o medida, supuestamente ilegal a la luz de las disposiciones de las Directivas sobre procedimientos, adoptado en el procedimiento de adjudicación del contrato de que se trate, que produzca efectos o resultados que la entidad adjudicadora pueda tener en cuenta en la decisión final de adjudicación.

89. Tal interpretación de la Directiva sobre recursos se ajusta a su objetivo, que consiste en garantizar la aplicación efectiva de

33 — Sentencia Alcatel Austria y otros, antes citada (apartado 30).

34 — Véanse, en particular, sus considerandos primero y segundo.

35 — Sentencia Alcatel Austria AG y otros, antes citada (apartados 33 y 34).

36 — *Ibidem* (apartado 35).

37 — *Ibidem* (apartado 43).

las Directivas comunitarias en materia de contratación pública, en una fase en la que las infracciones aún pueden corregirse o evitarse. Por consiguiente, para alcanzar dicho objetivo no es suficiente que existan recursos sólo contra los actos lesivos y, *a fortiori,* sólo contra los actos que ponen fin al procedimiento de adjudicación del contrato de que se trate. En efecto, resulta difícil saber en dicha fase qué medidas destinadas a «corregir la infracción o [a] impedir que se causen otros perjuicios» [38] podrían adoptarse.

90. Pues bien, en el presente asunto, el Gobierno español reconoce que, en el ordenamiento jurídico español, incluso en el ámbito de los procedimientos de contratación pública, sólo los actos lesivos pueden ser objeto de recurso. Por acto lesivo debe entenderse, en particular, el acto que pone fin al procedimiento de licitación. Ello resulta expresamente de los fundamentos de dicha sentencia. [39] El Gobierno español concede además, como figura expresamente en los fundamentos de la sentencia del Tribunal Supremo, [40] que el acto por el que la entidad adjudicadora solicita documentos adicionales en relación con el pliego de cargos inicial no puede ser objeto de recurso de manera autónoma. En otras palabras, una decisión susceptible de ser lesiva y contraria al Derecho comunitario en materia de contratos públicos no puede, como tal, ser impugnada inmediatamente por el licitador que se considere perjudicado. Para ello, debe esperar a que termine el procedimiento de licitación, es decir a que la entidad adjudicadora adopte la decisión de adjudicación.

91. En mi opinión, al exigir que el recurrente demuestre la existencia del perjuicio sufrido y privarle, por consiguiente, de la posibilidad de impugnar un acto que puede serle lesivo, el ordenamiento español no se ha adaptado correctamente a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Directiva sobre recursos. En efecto, dichas disposiciones nacionales no permiten impugnar una decisión que puede tener efectos perjudiciales, por infringir el Derecho comunitario en materia de contratos públicos, en el momento más adecuado. Por ello impiden que el justiciable obtenga las medidas provisionales destinadas a corregir la infracción alegada o a impedir que se causen otros perjuicios en el futuro. La obligación de demostrar la existencia del prejuicio sufrido constituye, por consiguiente, un requisito adicional que no está previsto en la Directiva sobre recursos y que es contrario a ésta.

92. De las consideraciones antes expuestas se infiere que, al no permitir la interposición de un recurso contra cualquier acto o medida, supuestamente ilegal a la luz de las disposiciones de las Directivas sobre procedimientos, adoptada en el procedimiento de adjudicación de los contratos públicos, que produzca efectos o resultados que la entidad adjudicadora pueda tener en cuenta en la decisión final de adjudicación, el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1 y 2 de la Directiva 89/665.

38 — Artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva sobre recursos.

39 — Tal como lo enuncia el Gobierno español (véase el punto 80, segundo guión, de las presentes conclusiones).

40 — *Idem.*

V. Sobre el tercer motivo, basado en la adaptación incorrecta del Derecho interno a las disposiciones sobre la adopción de las medidas provisionales (infracción de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, de la Directiva sobre recursos)

A. *Alegaciones de las partes*

1. Alegaciones de la Comisión

93. Según la Comisión, al contrario que el artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 89/665, las disposiciones españolas de adaptación, a saber los artículos 111 de la Ley nº 30/1992 y 129 a 136 de la Ley nº 29/1998, no permiten *obtener* medidas cautelares si no se interpone simultáneamente un recurso sobre el fondo contra la decisión ilegal de la entidad adjudicadora. La Comisión observa que sólo en casos excepcionales, por ejemplo con arreglo al artículo 136, apartado 2, de la Ley nº 29/1998, se pueden *solicitar* medidas cautelares sin que exista un recurso sobre el fondo contra la decisión ilegal. Según los textos legales españoles de adaptación al artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva sobre recursos, la adopción de medidas provisionales y cautelares está vinculada con la interposición de un recurso sobre el fondo contra el acto ilegal de la entidad adjudicadora. Por ello, dichas medidas tienen necesariamente carácter accesorio respecto de dicho recurso y no pueden en ningún caso solicitarse de manera autónoma.

94. La Comisión observa que, con arreglo al tenor literal de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, de la Directiva sobre recursos, a su sistema general, a su finalidad y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia,[41] las medidas cautelares no son medidas accesorias respecto de un litigio principal, sino que constituyen medidas autónomas que pueden solicitarse independientemente de la interposición de un recurso sobre el fondo contra la decisión ilegal.

2. Alegaciones del Reino de España

95. El Gobierno español no niega que, en su ordenamiento jurídico interno, sin perjuicio de determinadas excepciones,[42] la *adopción* de una medida cautelar, como la suspensión de la ejecución, está condicionada a la interposición previa de un recurso sobre el fondo. La solicitud de medidas provisionales debe formularse, en todo caso, en el momento en que se interponga un recurso sobre el fondo o tras su interposición. Por consiguiente, el recurso destinado a obtener medidas provisionales o cautelares no se concibe de manera autónoma, sino que está vinculado con el recurso sobre el fondo cuyo objeto es obtener la anulación de la decisión ilegal.

96. No obstante, según el Gobierno español, la necesidad de impugnar la actuación

41 — En particular, la sentencia de 19 de septiembre de 1996, Comisión/Grecia (C-236/95, Rec. p. I-4459).

42 — En particular, el artículo 136 de la Ley nº 29/1998.

ilegal de la entidad adjudicadora por motivos de fondo a la vez que se piden las medidas cautelares no priva de eficacia al sistema establecido por la Directiva sobre recursos puesto que, según él, la discusión de fondo existe en toda medida cautelar, si bien está limitada a una apreciación *prima facie* del problema. Además, dicha exigencia no menoscaba la eficacia del sistema ni impide la consecución de los objetivos que persigue dicha Directiva, puesto que la obligación de impugnar la legalidad de la actuación de la entidad adjudicadora simultáneamente a la interposición de una demanda de medidas cautelares no requiere atenerse a un formalismo vinculante. En efecto, el recurrente puede limitarse a redactar un mero escrito. No se le pide por tanto que formalice inmediatamente la demanda con arreglo a las normas en vigor.

97. El Gobierno español alega, al contrario, que el régimen adoptado en España es plenamente eficaz. En efecto, desde la entrada en vigor de la Ley nº 29/1998, el Tribunal contencioso-administrativo puede, con arreglo al artículo 29 de dicha Ley, adoptar cualquier tipo de medida cautelar positiva y no sólo meras medidas de suspensión.

98. Además, el Gobierno español pone en tela de juicio la afirmación de que la necesidad de formalizar una demanda antes de la adopción de medidas cautelares es incompatible con las disposiciones de la Directiva 89/665, o está incluso prohibida por ellas.

99. Alega que su interpretación está corroborada por el hecho de que el propio Derecho comunitario se rige por criterios análogos a los que inspiran la normativa española. A este respecto, se remite a las disposiciones de los artículos 242 CE y 243 CE, 36 del Estatuto CE del Tribunal de Justicia, 83 a 90 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, así como 104 a 110 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia. Citando como ejemplo el artículo 83 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, el Gobierno español observa que la solicitud de medidas provisionales no es una vía de recurso autónoma sino más bien una pretensión accesoria de la principal, que sería el recurso de anulación.

100. En lo referente a la conclusión que infiere la Comisión de la sentencia Comisión/Grecia, antes citada, el Gobierno español alega que el Tribunal de Justicia no se pronunció sobre el fondo. En efecto, la República Helénica reconoció que no había adaptado su ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de la Directiva sobre recursos en el plazo señalado por el dictamen motivado. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia no tuvo que pronunciarse sobre el fondo del incumplimiento imputado. Así, no declaró que el hecho de supeditar las medidas cautelares, como la suspensión de la ejecución, a la interposición de un recurso sobre el fondo contra el acto ilegal constituyera una adaptación incorrecta del Derecho interno a la Directiva sobre recursos.

101. Según el Gobierno español, de lo antes expuesto se deduce que reclamar para las medidas provisionales la absoluta indepen-

dencia que exige la Comisión no tiene sentido puesto que, por definición, toda medida cautelar es accesoria. Solicita, por tanto, al Tribunal de Justicia que declare infundado el tercer motivo y lo desestime.

B. *Apreciación*

102. En contra de lo que alega el Gobierno español, considero que, con arreglo al tenor literal de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, de la Directiva sobre recursos, a su finalidad y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las medidas cautelares no pueden considerarse accesorias respecto de un recurso sobre el fondo, sino que constituyen medidas que deben poder adoptarse de manera autónoma.

103. Como he expuesto antes, el sistema establecido por la Directiva sobre recursos tiene por objeto permitir la aplicación efectiva de las Directivas sobre procedimientos. La Directiva sobre recursos exige por tanto que los procedimientos de recurso contra las decisiones ilegales de la entidad adjudicadora sean eficaces y rápidos. Con tal fin, las personas perjudicadas pueden solicitar medidas provisionales contra cualquier decisión ilegal de la entidad adjudicadora adoptada en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos.[43] Se trata así de prevenir, corregir o subsanar las ilegalidades cometidas.

43 — Véase, al respecto, el segundo motivo formulado por la Comisión contra el Reino de España.

104. De lo antedicho resulta que *cualquier decisión ilegal* adoptada por la entidad adjudicadora antes de la celebración del contrato entre la empresa adjudicataria y la entidad adjudicadora puede *no sólo* ser impugnada, *sino* que *además* es posible obtener medidas provisionales antes de la interposición de un recurso sobre el fondo contra la decisión ilegal. En otras palabras, no se trata sólo de poder formular la solicitud de medidas provisionales, sino que es necesario además que el juez al que se acuda pueda acogerla antes de que se interponga cualquier recurso sobre el fondo contra la decisión ilegal. En caso contrario, es manifiestamente imposible alcanzar el objetivo perseguido por la Directiva sobre recursos, que consiste, en particular, en evitar o corregir las ilegalidades cometidas por la entidad adjudicadora. La necesidad de adoptar medidas urgentes y eficaces se compagina mal con la exigencia de interponer un recurso previo sobre el fondo.

105. El Tribunal de Justicia confirmó dicha interpretación en su sentencia Comisión/ Grecia, antes citada.

106. En dicho asunto, se reprochaba a la República Helénica que no hubiese adaptado correctamente su Derecho nacional a las disposiciones de la Directiva sobre recursos.

107. Aunque reconoció no haber adoptado en el plazo señalado por el dictamen motivado las medidas necesarias para atenerse a la referida Directiva, el Gobierno

helénico alegó que entretanto se había adoptado una ley que cumplía las exigencias de la Directiva sobre recursos.

108. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no dejó de subrayar que las disposiciones de dicha ley no adaptaban correctamente el Derecho interno a las de la Directiva sobre recursos. Observó, en particular, que, en relación con la suspensión de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, que se contempla en el artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva sobre recursos, la disposición de la ley nacional de adaptación, al supeditar la medida de suspensión a la interposición de un recurso de anulación contra el acto administrativo impugnado, no cumplía las exigencias de la Directiva sobre recursos.

109. El apartado 11 de la sentencia Comisión/Grecia, antes citada, precisa más concretamente lo siguiente:

«A este respecto, basta señalar que el artículo 52 del Decreto Presidencial nº 18/89 sólo se refiere a los procedimientos de suspensión de la ejecución y presupone la existencia de un recurso principal de anulación del acto administrativo impugnado, mientras que, en virtud del artículo 2 de la Directiva [89/665], los Estados miembros están obligados, más en general, a conferir a los organismos que conozcan de los procedimientos de recurso la facultad de adoptar, *independientemente de cualquier acción previa*,[44] todas las medidas provisionales, "incluidas las medidas destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato público en cuestión".»

110. El Tribunal de Justicia observó, además, que la legislación nacional invocada no contenía ningún elemento relativo a la indemnización, prevista en el artículo 2, apartado 1, letra c), de la Directiva sobre recursos, de las personas perjudicadas en caso de infracción del Derecho comunitario en materia de contratos públicos o de las normas nacionales de adaptación al citado Derecho.[45]

111. De la citada sentencia resulta que, en contra de lo que alega el Reino de España, el Tribunal de Justicia no se limitó a declarar la falta de adaptación del Derecho interno a la Directiva en el plazo fijado por el dictamen motivado, sino que analizó la ley helénica que debía aplicarse y motivó las razones por las que ésta no había adaptado correctamente el ordenamiento nacional a las disposiciones de la Directiva sobre recursos.

112. De las consideraciones antes expuestas se deduce que los Estados miembros han de establecer un régimen que permita la adopción de cualquier tipo de medidas de urgencia, incluidas las de carácter positivo,

44 — El subrayado es mío.
45 — *Ibidem* (apartado 15).

destinadas tanto a evitar y corregir como a subsanar las ilegalidades cometidas por la entidad adjudicadora a lo largo del procedimiento de adjudicación del contrato público de que se trate. Tal exigencia es incompatible con la de interponer un recurso previo sobre el fondo contra la decisión ilegal.

113. El Gobierno español no niega que, en su ordenamiento jurídico interno, las medidas provisionales o cautelares no pueden adoptarse antes de la interposición de un recurso sobre el fondo contra la decisión ilegal. Alega, no obstante, que el sistema español no es vinculante, puesto que un mero escrito sin motivar, mediante el que el recurrente anuncia su intención de impugnar la decisión, cumple dicha obligación. Si así fuera efectivamente, confieso no comprender la razón de ser de dicha «mera formalidad» a la que el legislador español da sin embargo una importancia especial. En efecto, me parece desproporcionado supeditar la aplicación efectiva de la Directiva en lo referente a dicho extremo [46] al cumplimiento previo de una mera formalidad.

114. Por lo que respecta a la alegación del Gobierno español de que el régimen español de medidas cautelares es el seguido por el Derecho comunitario en los procedimientos ante el Tribunal de Justicia, sólo cabe señalar que las disposiciones y sentencias que cita el Gobierno español no se refieren al régimen especial de recursos establecido por la Directiva 89/665 ni a la adaptación de los ordenamientos nacionales a ésta por parte de los Estados miembros. En aplicación del principio *lex specialis derogat generali,* [47] el régimen específico previsto en la Directiva 89/665 se impone necesariamente.

115. De las consideraciones antes expuestas se infiere que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1 y 2 de la Directiva 89/665, al supeditar la concesión de medidas cautelares a la necesidad de interponer un recurso sobre el fondo contra la decisión ilegal de la entidad adjudicadora.

VI. Costas

116. A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. La Comisión ha pedido que se condene al Reino de España. Al haber sido desestimados los motivos formulados por éste, procede condenarle en costas.

46 — A saber, la adopción de medidas provisionales y cautelares.

47 — Véanse, en particular, las sentencias de 12 de diciembre de 1995, Chiquita Italia (C-469/93, Rec. p. I-4533), apartado 61, y de 24 de enero de 2002, Comisión/Italia (C-372/99, Rec. p. I-819), apartado 19.

VII. Conclusión

117. Por estos motivos, propongo al Tribunal de Justicia que:

1) Declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario, al haberse abstenido de tomar las medidas necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en los artículos 1 y 2 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, y, en particular, al haber omitido:

— extender el sistema de recursos garantizados por la citada Directiva a las decisiones adoptadas por todas las entidades adjudicadoras, entendidos en el sentido definido por el artículo 1, apartado 1, de las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, incluidas las sociedades de Derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, dotadas de personalidad jurídica, y cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las administraciones públicas u otros organismos de Derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien, cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por las administraciones públicas u otros organismos de Derecho público;

— permitir la interposición de recursos contra todas las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras, incluidos todos los actos de trámite, durante el procedimiento de adjudicación de un contrato público;

— prever la posibilidad de adoptar todo tipo de medidas cautelares útiles en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras, incluidas las medidas destinadas a permitir la suspensión de una decisión administrativa, eliminando para ello todo tipo de dificultades y obstáculos y, en particular, la necesidad de interponer previamente un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora.

2) Condene en costas al Reino de España.