CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. SIEGBERT ALBER

presentadas el 19 de enero de 1999 *

A. Introducción

1. En el presente recurso por incumplimiento se trata de la apreciación, con arreglo al Derecho comunitario, de la adjudicación de una serie de contratos de obras en el marco un gran proyecto de construcción de edificios gubernamentales y administrativos, así como de un centro cultural, con motivo del establecimiento de la sede del Gobierno del Land de Baja Austria en Sankt Pölten.

2. Los hechos que dieron lugar al recurso por incumplimiento son lo siguientes. Las obras de este gran proyecto comenzaron en 1992 por lo que respecta al centro administrativo y en 1994 por lo que respecta al centro cultural. A principios de febrero de 1995, la Comisión recibió una denuncia contra la licitación de un contrato de suministro en el marco de este proyecto que sólo se publicó en el *Niederösterreichisches Amtsblatt* (Diario Oficial de Baja Austria). La Comisión estimó que las «Allgemeine Angebots- und Vertragsbedingungen» (condiciones generales en materia de ofertas y pliego de condiciones; en lo sucesivo, «AAVB») de la licitación eran contrarias al Derecho comunitario —entre otros motivos, por infracción de las disposiciones en materia de publicidad, de las obligaciones de información y de las disposiciones en materia de especificaciones—, tal como notificó al Gobierno austriaco mediante escrito de 12 de abril de 1995. En respuesta a este escrito, algún tiempo después la Comisión recibió la notificación de una Ley relativa a la adjudicación de contratos públicos del Land de Baja Austria, promulgada el 31 de mayo de 1995, que, a su vez, suscitó objeciones, ya que contenía una disposición que establecía una excepción para el proyecto «Kultur- und Landhausbezirk Sankt Pölten» (centro administrativo y cultural de Sankt Pölten, la denominada «Lex Sankt Pölten»), con lo que prácticamente excluía dicho proyecto de la aplicación de la Ley.

3. Toda esta problemática fue debatida durante una reunión bilateral entre la Comisión y las autoridades austriacas celebrada los días 27 y 28 de noviembre de 1995. La Comisión alegó infracciones de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993,[1] y de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989,[2] así como la infracción del artículo 30 del Tratado CE. Tras exponérseles estas reservas, las autoridades austriacas se comprometieron a modificar las

* Lengua original: alemán.

1 — Directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54).

2 — Directiva 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).

AAVB, suprimir la disposición que establecía una excepción de la Ley relativa a la adjudicación contratos públicos y modificar las prácticas de adjudicación de la entidad adjudicadora, la Niederösterreichische Landeshauptstadt-Planungsgesellschaft mbH (en lo sucesivo, «NÖPLAN»).

4. A raíz de estas conversaciones, la Comisión esperaba una inmediata actuación de las autoridades austriacas mediante

— una correcta tramitación de los procedimientos de adjudicación aún no convocados;

— una corrección de los procedimientos ya convocados pero no concluidos mediante decisión de adjudicación, y

— la anulación, en la medida de lo posible, de los contratos celebrados en contra de lo dispuesto en el Derecho comunitario aún no cumplidos.

5. Las autoridades austriacas se mostraron de acuerdo en principio, pero observaron que para la modificación del marco jurídico (Ley relativa a la adjudicación de contratos públicos y AAVB) necesitarían un período transitorio suficientemente razonable.

6. Para la Comisión, la disposición de las autoridades austriacas para adaptar sus prácticas de adjudicación no era suficiente, por lo que inició un procedimiento por incumplimiento mediante un escrito de requerimiento de 15 de diciembre de 1995. En dicho escrito de requerimiento, la Comisión exponía que las autoridades austriacas habían accedido a instar a los órganos de decisión competentes a atenerse al Derecho comunitario a partir de finales de enero de 1996.[3] Además, la Comisión declaraba, entre otras cosas, que asimismo hacía extensivas sus imputaciones «expresamente a aquellos lotes que ya hayan sido adjudicados, sin que se haya seguido, sin embargo, un procedimiento de licitación conforme al Derecho comunitario». La Comisión exigía a la República de Austria «garantizar el respeto del Derecho comunitario en los procedimientos de adjudicación aún no convocados» y «suspender los efectos jurídicos de las adjudicaciones ya efectuadas en contra de lo dispuesto en el Derecho comunitario, o impedir su ejecución, suspender las decisiones de adjudicación en curso hasta que quede garantizado el respeto de los preceptos de Derecho comunitario, y modificar de manera inmediata la Ley relativa a la adjudicación de contratos públicos y las condiciones generales en materia de ofertas y pliego de condiciones del Land de Baja Austria».[4] En el escrito de requerimiento de 15 de diciembre de 1995, la Comisión fijaba un plazo de una semana para presentar observaciones.

7. El Gobierno austriaco respondió mediante escrito de 22 de diciembre de 1995. En él se afirmaba que, independientemente de «las dificultades de plazo expuestas en la reunión bilateral», se había «planteado el tema de las adjudicaciones»

3 — Véase el punto 6 del escrito de requerimiento.

4 — Véanse los párrafos primero y quinto del punto 10 del escrito de requerimiento.

a los órganos de la NÖPLAN, que habían decidido «que la NÖPLAN debe aplicar *de inmediato* las Directivas comunitarias».[5] A continuación se subrayaba una vez más «que independientemente de los gastos adicionales y de los retrasos temporales, se aplicarán *de inmediato* las Directivas comunitarias a todas las licitaciones».[6]

8. En el dictamen motivado de 21 de febrero de 1996, la Comisión recuerda que los poderes adjudicadores del Land de Baja Austria, «a falta de una adaptación del Derecho interno al Derecho comunitario, están obligados, en virtud del Derecho comunitario directamente aplicable, a observar sus disposiciones».[7] Por lo demás, la Comisión considera que la repuesta del Gobierno austriaco al escrito de requerimiento fue insuficiente. Echa en falta el reconocimiento de la obligación de actuar en relación con los procedimientos en curso, «ya que las indicaciones relativas a la obligación de publicación [...] únicamente se refieren al futuro». La Comisión recuerda que había solicitado que «se le comunicara una lista de los contratos cuyo procedimiento de adjudicación ya haya sido convocado o que sean objeto de publicación en el futuro, con indicación asimismo de la cuantía de dichos contratos». Además, señala que «hasta la fecha, no se le ha comunicado una relación adecuada». Por último, exige a las autoridades austriacas «adoptar todas las medidas apropiadas para poner fin a las infracciones expuestas».[8] Al efecto, señalaba un plazo de dos semanas a partir de la notificación del dictamen.

9. Entretanto, la comisión de adjudicaciones de la NÖPLAN había acordado, en una reunión celebrada el 6 de febrero de 1996, suspender todos los procedimientos en curso y licitar y adjudicar los contratos pendientes de adjudicación de conformidad con el Derecho comunitario. Posteriormente, se retiraron las objeciones a la Ley relativa a la adjudicación de contratos públicos y se modificaron las AAVB de acuerdo con el Derecho comunitario. Desde entonces, las prácticas de adjudicación se han desarrollado de un modo manifiestamente conforme con el Derecho comunitario.

10. No obstante, el 3 de octubre de 1996 la Comisión interpuso un recurso por incumplimiento, recibido en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 7 de octubre de 1996, en el que solicitaba a éste que declare que la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario en relación con la adjudicación de los contratos celebrados antes del 6 de febrero de 1996 que el 7 de marzo de 1996 —es decir, al vencer el plazo señalado en el dictamen motivado de 21 de febrero de 1996— aún no se habían cumplido o podían, en la medida de lo posible, anularse. En esencia, la Comisión reprocha a la República de Austria no haber hecho nada para anular los contratos adjudicados con posterioridad a la reunión bilateral de 28 de noviembre de 1995, es decir, una vez conocidos los problemas de Derecho comunitario.

11. La República de Austria propone varios motivos de inadmisibilidad y considera que también desde un punto de vista material el recurso es infundado.

5 — Véase el punto 1 del escrito de contestación de 22 de diciembre de 1995; el subrayado es mío.

6 — Véase el apartado «Sobre el punto 8» del escrito de contestación de 22 de diciembre de 1995; el subrayado es mío.

7 — Véase el punto 15 del dictamen motivado de 21 de febrero de 1996.

8 — Para las citas recogidas en este punto, véase el punto 16 del dictamen motivado de 21 de febrero de 1996.

12. La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

1) Declare que la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas del Consejo 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993,[9] y 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989,[10] así como del artículo 30 del Tratado CE, en el marco de la construcción del centro administrativo y cultural Sankt Pölten del Land de Baja Austria, en relación con la adjudicación de los contratos celebrados antes del 6 de febrero de 1996 que, sin embargo, el 7 de marzo de 1996 aún no se habían cumplido o podían, en la medida de lo posible, anularse.

2) Condene en costas a la República de Austria.

13. La República de Austria solicita al Tribunal de Justicia que:

1) Declare la inadmisibilidad (o, en su caso, desestime por infundado) del recurso de la Comisión Europea, de 7 de octubre de 1996, que tiene por objeto que se declare que la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas del Consejo 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, y 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, así como del artículo 30 del Tratado CE, en el marco de la construcción del centro administrativo y cultural Sankt Pölten del Land de Baja Austria, en relación con la adjudicación de los contratos celebrados antes del 6 de febrero de 1996 que, sin embargo, el 7 de marzo de 1996 aún no se habían cumplido o podían, en la medida de lo posible, anularse.

2) Condene en costas a la Comisión Europea.

14. Volveré a referirme a las alegaciones de las partes en el marco de la apreciación jurídica.

B. Definición de postura

I. *Admisibilidad*

15. El Gobierno austriaco considera que debe declararse la inadmisibilidad del recurso por varios motivos.

1. La inadmisibilidad del objeto de litigio

El Gobierno austriaco alega que, con el objeto de litigio indicado en el *petitum* de la

9 — Directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, citada en la nota 1 *supra*.

10 — Directiva 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, citada en la nota 2 *supra*.

demanda, debe declararse la inadmisibilidad del recurso. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el objeto de litigio en un procedimiento por incumplimiento se delimita en el procedimiento administrativo previo. Se determina en el dictamen motivado de la Comisión. En consecuencia, el recurso no puede fundarse en unas imputaciones diferentes de las formuladas en el dictamen motivado. La petición de proceder, en la medida de lo posible, a anular los contratos celebrados en contra de lo dispuesto en el Derecho comunitario aún no cumplidos no podía deducirse, según el Gobierno austriaco, del dictamen motivado de la Comisión de 21 de febrero de 1996. A lo sumo, se aludió a ella en el escrito de requerimiento de 15 de diciembre de 1995. Por ello, afirma que debe declararse la inadmisibilidad de la imputación, contenida en el recurso, de «no haber procedido a anular los contratos en la medida de lo posible», en la que se basan de manera determinante las pretensiones de la Comisión.

16. Hay que reconocer que, como afirma el Gobierno austriaco, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia el objeto de litigio de un procedimiento por incumplimiento se define en el procedimiento administrativo previo y en el *petitum* de la demanda. A este respecto, el recurso no puede contener ninguna imputación fundamentalmente diferente o nueva de las formuladas en el procedimiento administrativo previo. Este planteamiento se explica por la estructura del procedimiento por incumplimiento que ofrece la oportunidad, en el marco del procedimiento administrativo previo, de llegar a una solución amistosa antes de someter el asunto al Tribunal de Justicia. Por otra parte, deben protegerse los derechos de defensa del Estado miembro, de forma que no pueda verse confrontado con nuevas imputaciones en la demanda.

17. Por consiguiente, todo depende de si la imputación de no haber procedido a anular los contratos celebrados mediante la decisión de adjudicación con anterioridad al 6 de febrero de 1996 constituye un motivo nuevo y, por ende, inadmisible. A este respecto, tanto el procedimiento administrativo previ. como el *petitum* de la demanda deben considerarse a la luz del desarrollo efectivo de los hechos.

18. El *escrito de requerimiento* de la Comisión, de 15 de diciembre de 1995, dirigido al Gobierno austriaco a raíz de la reunión bilateral celebrada los días 27 y 28 de noviembre de 1995, estuvo motivado, por una parte, por una situación jurídica contraria al Derecho comunitario y, por otra, por las prácticas de adjudicación contrarias al Derecho comunitario derivadas de la misma. Del escrito de requerimiento cabe deducir la exigencia de una *adaptación inmediata de las prácticas de adjudicación al Derecho comunitario*. [11] En otro pasaje, la Comisión hace extensivas sus imputaciones «expresamente a aquellos lotes que ya hayan sido adjudicados, sin que se haya seguido, sin embargo, un procedimiento de licitación conforme al Derecho comunitario». [12] Por último, la Comisión exige a la República de Austria «garantizar el respeto del Derecho comunitario en los procedimientos de adjudicación aún no convocados». Asimismo, exige a la República de Austria «suspender los efectos jurídicos de las adjudicaciones ya efectuadas en contra de lo dispuesto en el Derecho comunitario, o impedir su ejecución, [y] suspender las decisiones de adjudicación en curso hasta que quede garantizado el respeto de los preceptos de Derecho comunitario [...]». [13]

11 — Véase el párrafo primero del punto 7 del escrito de requerimiento.

12 — Véase el párrafo primero del punto 10 del escrito de requerimiento.

13 — Párrafo quinto del punto 10 del escrito de requerimiento.

19. Estas fórmulas reflejan de manera manifiesta la exigencia de la Comisión no sólo de impedir de inmediato cualquier nueva actuación contraria al Derecho comunitario, sino también el requerimiento de dejar sin efecto las decisiones de adjudicación contrarias al Derecho comunitario ya adoptadas. Ahora bien, esto último sólo puede significar su ulterior repetición siguiendo un procedimiento conforme con el Derecho comunitario. Por tanto, de la petición de la Comisión, tal como está formulada en el escrito de requerimiento, cabe deducir una obligación de revocación de las decisiones de adjudicación ya adoptadas.

20. Del *dictamen motivado* de la Comisión, de 21 de febrero de 1996, no se desprende con la misma claridad la exigencia de intervenir en los procedimientos de adjudicación que se encontraran ya en la fase de ejecución. Con todo, lo que sí cabe deducir del dictamen motivado es que la imputación general relativa a las prácticas de adjudicación contrarias al Derecho comunitario se refiere asimismo a los procedimientos en curso. Cuando la Comisión afirma expresamente que el compromiso del Gobierno austriaco con la obligación de publicación para el futuro no es suficiente, y censura que no se incluyeran «aquellas convocatorias ya publicadas, por ejemplo en una publicación nacional», [14] no cabe duda de que la Comisión aprecia la existencia de infracciones del Derecho comunitario en las prácticas de adjudicación seguidas en el pasado y exige que se subsanen. Así, la Comisión subraya «que corresponde a las autoridades austriacas tomar *todas* las medidas apropiadas para poner fin a las infracciones expuestas». [15]

21. Por lo demás, ni el dictamen motivado ni el desarrollo efectivo de los hechos permitían suponer que la exigencia de intervenir en los procedimientos de adjudicación que se encontraran ya en la fase de ejecución, formulada ya en el escrito de requerimiento, hubiera sido atendida. Tendremos que considerar que el Gobierno austriaco entendió en este sentido la petición formulada por la Comisión. En su escrito de contestación de 22 de marzo de 1996, el Gobierno austriaco formuló tres páginas y media de observaciones sobre esta problemática con el título «Sobre los contratos ya celebrados». [16] Por tanto, queda asimismo privada de fundamento la eventual imputación relativa a la vulneración del derecho a ser oído que podría derivarse del motivo de inadmisibilidad.

22. El Gobierno austriaco considera que el dictamen motivado debería haber contenido una exigencia expresa de anulación de los contratos ya celebrados mediante la decisión de adjudicación. También tendría que haber indicado las medidas que debía adoptar. En la medida en que se mencionaban algunos aspectos, como la modificación de la Ley relativa a la adjudicación de contratos públicos y de las AAVB del Land de Baja Austria, el Gobierno austriaco afirma que tenía motivos para creer que no se le exigiría la adopción de ninguna otra medida.

23. No cabe acoger este planteamiento. La jurisprudencia de este Tribunal de Justicia ha reconocido ya [17] que la Comisión no está obligada a indicar las medidas que deben adoptarse para subsanar un incumplimiento del Tratado. Este reparto de funciones resulta además lógico, ya que es

14 — Véase el párrafo cuarto del punto 16 del dictamen motivado.

15 — Véase el párrafo sexto del punto 16 del dictamen motivado; el subrayado es mío.

16 — Véase el Capítulo IV del escrito de contestación del Gobierno austriaco de 22 de marzo de 1996.

17 — Sentencia de 11 de julio de 1991, Comisión/Portugal (C-247/89, Rec. p. I-3659).

responsabilidad de cada Estado miembro determinar cómo y con qué medios se atiene a las exigencias del Derecho comunitario. En el caso de que la Comisión estuviera obligada a indicar las medidas que deben adoptarse, se plantearían conflictos de competencias en todos aquellos ámbitos en los que los Estados miembros pueden decidir libremente de qué modo crean una situación conforme con el Derecho comunitario.

24. En el presente procedimiento, la Comisión tampoco creó una situación de confianza legítima, que hubiera legitimado a las autoridades austriacas para considerar que la modificación de la situación jurídica era todo lo que tenían que hacer para eliminar el incumplimiento del Tratado. Por el contrario, en el escrito de requerimiento, la Comisión incluyó —como queda señalado— los procedimientos en curso. En el dictamen motivado se refirió expresamente a las obligaciones de los poderes adjudicadores del Land de Baja Austria directamente derivadas «del Derecho comunitario directamente aplicable» «a falta de una adaptación del Derecho interno al Derecho comunitario», [18] subrayando que correspondía a las autoridades austriacas tomar todas las medidas apropiadas para poner fin a las infracciones.

25. En estas circunstancias, nada impide reconocer que la imputación relativa a la omisión de la anulación de los contratos celebrados en contra de lo dispuesto en Derecho comunitario constituye el objeto de litigio debidamente indicado en el *petitum* de la demanda.

18 — Véase el párrafo segundo del punto 15 del dictamen motivado.

2. Sobre la cesación de las infracciones antes del vencimiento del plazo señalado en el dictamen motivado

26. El Gobierno austriaco recuerda que, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 169 del Tratado y la jurisprudencia en la materia, el momento determinante para la existencia de un incumplimiento del Tratado es la fecha en la que expira el plazo señalado en el dictamen motivado. Ahora bien, según afirma, en esa fecha, el 7 de marzo de 1996, Austria había puesto fin a todas las infracciones que le fueron imputadas en el dictamen motivado.

27. Según el Gobierno austriaco, las AAVB habían sido modificadas de acuerdo con las exigencias de la Comisión y, a partir del 12 de diciembre de 1995, fueron incorporadas a todas las licitaciones publicadas de acuerdo con las disposiciones comunitarias. Además, también las prácticas de adjudicación fueron modificadas a partir del 6 de febrero de 1996. A partir de entonces, la comisión de trabajo de adjudicaciones no aprobó ninguna de las recomendaciones de adjudicación que le fueron sometidas para su resolución, y acordó anular de inmediato todos los procedimientos de adjudicación pendientes tramitados de manera no conforme con el Derecho comunitario y proceder a una nueva licitación conforme. Según el Gobierno austriaco, se suspendieron resoluciones de adjudicación por un valor de 217 millones de ATS, y con posterioridad, para el 7 de marzo de 1996, se habían licitado y adjudicado con arreglo al Derecho comunitario contratos por un importe total de aproximadamente 470 millones de ATS. Dado que el 7 de marzo de 1996 las autoridades austriacas habían cumplido las exigencias planteadas, el Gobierno austriaco afirma que debe declararse la inadmisibilidad del recurso.

28. La Comisión responde que la situación no se había regularizado por completo el 7 de marzo de 1996. Los contratos que ya habían sido adjudicados pero aún no cumplidos el 6 de febrero de 1996, así como los que ya habían sido adjudicados y parcialmente cumplidos en esa misma fecha, pero que podían, en la medida de lo posible, anularse aún, seguían intactos.

29. Es cierto que mediante su recurso por incumplimiento la Comisión ya no persigue una situación jurídica contraria al Derecho comunitario, ni tampoco critica las prácticas de adjudicación seguidas con posterioridad al 6 de febrero de 1996. Sin embargo, considera que la no anulación, en la medida de lo posible, de los contratos celebrados en contra de lo dispuesto en el Derecho comunitario constituye un incumplimiento del Tratado que aún subsiste. Ésta es —como queda indicado— la imputación que de modo admisible indica como objeto de su recurso.

30. Dado que la Comisión aprecia y afirma que, en el momento de expirar el plazo señalado en el dictamen motivado, existía una situación que considera contraria al Derecho comunitario que sigue produciendo efectos jurídicos, deben considerarse cumplidos los requisitos de admisibilidad del recurso. Si efectivamente en dicha fecha existía un incumplimiento del Tratado es una cuestión referida al fundamento del recurso. Así pues, aun cuando el 7 de marzo de 1996 las autoridades austriacas habían satisfecho en numerosos ámbitos las exigencias de la Comisión, procede declarar la admisibilidad del recurso por lo que respecta a las objeciones aún pendientes.

3. Sobre la determinación de los plazos en el procedimiento administrativo previo

31. El Gobierno austriaco alega asimismo que los plazos fijados en el procedimiento administrativo previo fueron demasiado cortos, motivo por el cual afirma que debe declararse asimismo la inadmisibilidad del recurso por incumplimiento. A este respecto, hace referencia a la estructura federal de Austria, en la que determinados procesos de decisión requieren necesariamente un cierto tiempo. En su opinión, el plazo de una semana señalado en el escrito de requerimiento y el plazo de dos semanas señalado en el dictamen motivado fueron extremadamente cortos. La Comisión informó ya el 25 de enero de 1996 a la prensa internacional de que iba a dirigir un dictamen motivado a Austria, pero dicho dictamen no fue notificado hasta el 21 de febrero de 1996.

32. Según el Gobierno austriaco, al fijar los plazos la Comisión debería haber considerado asimismo que sus imputaciones se referían exclusivamente al pasado, dado que a partir del 6 de febrero de 1996 las autoridades austriacas adaptaron sus prácticas de adjudicación, lo que notificaron a la Comisión el 7 de febrero de 1996. Por último, el Gobierno austriaco afirma que el plazo de veintiún días previsto en el párrafo tercero del artículo 3 de la Directiva 89/665 constituye un indicio del carácter proporcionado de un plazo.

33. En cambio, la Comisión sostiene la tesis según la cual la brevedad de los plazos estaba justificada por las circunstancias. Según la información facilitada por los servicios austriacos, a principios de diciembre aún quedaban pendientes de licitar contratos por un volumen considerable. Por ello había que obtener lo más rápida-

mente posible las garantías del Gobierno austriaco de que la adjudicación de dichos contratos se efectuaría con arreglo al Derecho comunitario, y de que se subsanarían las infracciones ya existentes.

34. Según la Comisión, la respuesta del Gobierno austriaco al escrito de requerimiento suscitó dudas sobre su disposición a corregir todas las infracciones imputadas. Además, no recibió la prometida relación de contratos pendientes de adjudicación, junto con una estimación de su valor. Por tanto, la Comisión tuvo que considerar que también a principios de 1996 seguía existiendo un volumen considerable de contratos pendientes de adjudicación y debía impedir una situación de hechos consumados. Además, afirma que las imputaciones que figuraban en el dictamen motivado no se referían únicamente al pasado. La Comisión centró claramente su atención en la situación existente en el momento de expirar el plazo señalado en el dictamen motivado. Por último, el Gobierno austriaco tuvo conocimiento por anticipado de las intenciones de la Comisión a través de la prensa, por lo que no puede invocar el carácter desproporcionado de los plazos.

35. Procede iniciar el examen del motivo de inadmisibilidad por esta última observación. Hay que partir de la base de que el procedimiento administrativo previo al recurso por incumplimiento está sujeto a un cierto rigor formal. Así se desprende de las exigencias relativas a la indicación del objeto de litigio y al carácter proporcionado de los plazos que deben respetarse, cuyo incumplimiento provoca la inadmisibilidad del recurso. Los elementos determinantes para el Estado miembro deben desprenderse de manera inequívoca de los escritos de la Comisión que marcan las diferentes fases del procedimiento. En consecuencia, sólo el plazo señalado en los escritos notificados al Estado miembro puede ser vinculante para éste. El Estado miembro no tiene ningún motivo para actuar «de oídas» en el marco de un procedimiento administrativo previo de carácter formal. En consecuencia, no cabe considerar como plazo de preparación el período transcurrido desde que se tuvo conocimiento por la prensa de las intenciones de la Comisión hasta la notificación formal del dictamen.

36. Al margen de la apreciación estrictamente jurídica, debo señalar asimismo que me parece de mal estilo publicar un comunicado de prensa sobre la inminente remisión de un dictamen motivado en un procedimiento por incumplimiento contra un Estado miembro, mientras que dicho documento no se notifica al Estado miembro afectado hasta casi cuatro semanas más tarde. La Comisión hubiera podido otorgar un plazo más prolongado si hubiera enviado antes el dictamen motivado. Habida cuenta de las circunstancias, hubiera sido posible adelantar su envío.

37. Así pues, en el resto de mi examen partiré de la base de que sólo son determinantes los plazos señalados en los escritos notificados en el marco del procedimiento administrativo previo.

38. Para poder apreciar el carácter proporcionado de un plazo, hay que considerar, en primer lugar, cuál es la reacción que se espera en el plazo señalado. Desde luego, no cabe esperar que la modificación de una situación legislativa se lleve a cabo en el plazo de unas semanas. En este sentido es cierto que en el procedimiento administrativo previo se trataba también de una disposición de la Ley relativa a la adjudicación de contratos públicos del Land de Baja Austria contraria al Derecho comunitario. Consta que la modificación de la Ley no se había producido aún al expirar el

plazo señalado en el dictamen motivado, el 7 de marzo de 1996. El procedimiento no se dio por concluido hasta mayo de 1996. Con todo, la Comisión renunció a interponer un recurso por incumplimiento a este respecto, ya que la modificación de la Ley entró en vigor sin un retraso apreciable.

39. En cambio, la Comisión pretendía que el Gobierno austriaco apreciara y reconociera formalmente la ilegalidad, con arreglo al Derecho comunitario, de la situación, con objeto, por una parte, de que impidiera que se siguieran adjudicando contratos y, por otra, de que anulara, en la medida de lo posible, los contratos ya adjudicados siguiendo un procedimiento contrario al Derecho comunitario.

40. Por otra parte, el Gobierno austriaco respondió al escrito de requerimiento, de 15 de diciembre de 1995, dentro del plazo de una semana asegurando que aplicaría las Directivas comunitarias *«de inmediato»* [19] a los contratos pendientes de adjudicación. Con todo, desde un punto de vista puramente fáctico se continuaron adjudicando los contratos pendientes. Sólo el 6 de febrero de 1996 se adoptó la resolución de la comisión de adjudicaciones por la que se suspendían los procedimientos en curso, esperada desde mucho antes.

41. Habida cuenta de la urgencia del caso, al menos para evitar en un primer momento que se siguieran adjudicando contratos, en este caso el plazo de una semana era proporcionado. Además, el Gobierno austriaco atendió las exigencias planteadas mediante las manifestaciones contenidas en su escrito de contestación de 22 de diciembre de 1995. La discrepancia existente entre palabras y hechos debe examinarse de manera separada.

42. Por lo que respecta a las circunstancias que rodearon a la adopción del dictamen motivado, destaca el hecho de que sólo una vez conocida a través de la prensa la decisión formal de enviar el dictamen motivado la comisión de adjudicaciones adoptó, el 6 de febrero de 1996, la resolución de suspensión, entre otras medidas, de los procedimientos de adjudicación en curso. Por consiguiente, la Comisión tenía motivos para suponer que las autoridades austriacas pretendían ponerla ante hechos consumados, y que debía actuar rápidamente. Desde esta perspectiva, también el breve plazo de dos semanas señalado en el dictamen motivado parece proporcionado.

43. También la posibilidad de solicitar la adopción de medidas provisionales, a la que se hizo referencia en los dos escritos del procedimiento administrativo previo y a la que se aludió asimismo en la vista, debe considerarse en este contexto. De conformidad con el artículo 186 del Tratado, el Tribunal de Justicia sólo puede ordenar las medidas provisionales necesarias en los asuntos de que ya esté conociendo. Ahora bien, un recurso por incumplimiento con arreglo al artículo 169 del Tratado sólo puede interponerse eficazmente una vez concluido el procedimiento administrativo previo. Por tanto, en caso de peligro en la demora, la Comisión debe concluir rápidamente el procedimiento administrativo previo, para evitar en la medida de lo posible infracciones irreparables.

19 — Escrito de contestación del Gobierno austriaco de 22 de diciembre de 1995, pp. 2 y 7.

44. Esta situación puede considerarse una debilidad del sistema, pero sólo puede subsanarse mediante la modificación de las bases jurídicas pertinentes. Las posibilidades previstas en la Directiva 89/665 [20] no ofrecen tampoco una solución satisfactoria para superar este dilema. La Directiva se refiere fundamentalmente a la relación entre licitador y poder adjudicador. Por otro lado, las posibilidades que otorga a la Comisión el artículo 3 de la Directiva no siempre son adecuadas y, además, no limitan la competencia de la Comisión para iniciar un procedimiento por incumplimiento.

45. En virtud de dichas consideraciones, los plazos señalados por la Comisión en el procedimiento administrativo previo deben considerarse proporcionados a las circunstancias.

4. Sobre la precisión de las pretensiones del recurso

46. El Gobierno austriaco formula reservas jurídicas a la frase «contratos adjudicados con anterioridad al 6 de febrero de 1996 que, sin embargo, el 7 de marzo de 1996 aún no habían sido cumplidos o podían razonablemente anularse», que figura en las pretensiones del recurso. A su entender, mediante la expresión «podían razonablemente anularse» la Comisión pone de manifiesto que tampoco ella considera que existe una obligación ilimitada de anulación de los contratos, pero no aporta una definición de razonabilidad. En consecuencia, considera que la pretensión es demasiado imprecisa como para constituir la base de una obligación de actuación derivada del artículo 171 del Tratado, lo que por sí sólo es suficiente para que deba declararse la inadmisibilidad del recurso.

47. La Comisión sostiene que no corresponde al Tribunal de Justicia determinar qué se considera o no razonable en un Estado miembro concreto. A su entender, esto deben hacerlo los órganos jurisdiccionales nacionales con arreglo al Derecho nacional. En consecuencia, las observaciones relativas a la cuestión del carácter razonable carecen por principio de pertinencia en el marco del presente litigio ante el Tribunal de Justicia.

48. Procede acoger sin ninguna salvedad la tesis de la Comisión sobre este punto. No corresponde ni a la Comisión ni al Tribunal de Justicia indagar las posibilidades de anulación de contratos celebrados en el ámbito de la contratación pública. Por el contrario, cualquier indicación —ya sea de la Comisión o del Tribunal de Justicia— respecto a la anulación de un contrato con arreglo a una norma jurídica del Estado miembro que debería precisarse constituiría una invasión de las competencias de las autoridades del Estado miembro por parte de la Institución comunitaria. Esta libertad del Estado miembro en la elección de la forma y los medios debe reflejarse también necesariamente en un requerimiento de la Comisión para que el Estado miembro ponga fin a una situación contraria al Tratado. Así pues, esta relativa imprecisión con respecto a las medidas que deben adoptarse refleja, en última instancia, el reparto de competencias entre la Comisión y el Estado miembro. La formulación controvertida define el objetivo de anulación de los contratos adjudicados en contra de lo establecido en el Derecho comunitario

20 — Véase la Directiva relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministro y de obras, citada en la nota 2 *supra*.

en la medida de lo jurídicamente posible. En consecuencia, no hay nada que objetar a la pretensión.

5. Sobre el interés para ejercitar la acción

49. La cuestión relativa al interés para ejercitar la acción en el presente recurso constituye una excepción de inadmisibilidad que, si bien no fue expresamente propuesta por el Gobierno austriaco, se desprende implícitamente de los motivos de inadmisibilidad que éste formuló. En efecto, cuando el Gobierno austriaco alega que se trata de infracciones irreparables por su propia naturaleza, cabe preguntarse, en efecto, si existe algún interés en la declaración abstracta de la existencia de un incumplimiento. Hay que reconocer que el Gobierno austriaco tiene razón cuando afirma que la acusación pública de un Estado miembro no constituye ni el objeto ni la finalidad del procedimiento por incumplimiento.

50. Para la apreciación del interés para ejercer la acción, resulta determinante aclarar si la petición de la Comisión tenía por objeto una acción objetivamente imposible o si, por el contrario, existían medios y modos de satisfacer las exigencias de la Comisión, a cuyos efectos el momento determinante es la fecha de expiración del plazo señalado en el dictamen motivado. La problemática así caracterizada plantea una cuestión que, en última instancia, debe responderse en el marco del examen del fondo del asunto. En consecuencia, la cuestión relativa al interés para ejercer la acción debe ir precedida de un examen del fondo del recurso.

II. *Fondo*

51. La Comisión señala, en primer lugar, que Austria ya estaba obligada a respetar las disposiciones de Derecho comunitario y, entre ellas, también el Derecho en materia de contratos públicos, desde su adhesión al Acuerdo EEE, con efecto a 1 de enero de 1994, y con mayor razón aún a partir de su adhesión a la Unión Europea, es decir, a partir del 1 de enero de 1995.

52. La Comisión alega que Austria infringió varias disposiciones de Derecho comunitario en relación con los contratos adjudicados en el período comprendido entre el 27 de noviembre de 1995 y el 6 de febrero de 1996 por un valor total de 360 millones de ATS. Así, según la Comisión, Austria infringió el artículo 8, el apartado 6 del artículo 10, los apartados 6 y 11 del artículo 11, el artículo 12 y el artículo 30 de la Directiva 93/37; el artículo 30 del Tratado y los apartados 1 y 3 del artículo 1 y la letra c) del apartado 1 del artículo 2 de la Directiva 89/665. La Comisión precisa de manera pormenorizada cada una de las infracciones imputadas. Según afirma, no había ninguna razón compatible con el Derecho comunitario que justificara la conducta, puesta de manifiesto durante el período de que se trata, consistente en «concluir rápidamente» los referidos contratos.

53. La Comisión sostiene que del escrito de contestación del Gobierno austriaco al dictamen motivado se desprende que las autoridades austriacas actuaron deliberadamente «por su cuenta y riesgo». La modificación de las prácticas de adjudicación —a diferencia de la modificación de la Ley relativa a la adjudicación de contratos públicos— no hubiera requerido un procedimiento prolongado, tal y como se demostró con la resolución posteriormente adop-

tada por la comisión de adjudicaciones. Por último, la Comisión afirma que hubiera sido posible asimismo aplazar la adjudicación de algunos de los contratos controvertidos [21] sin perjudicar al proyecto en su conjunto.

54. El Gobierno austriaco sostiene que en el marco del procedimiento por incumplimiento no puede exigirse la anulación de contratos celebrados en contra de lo dispuesto en el Derecho comunitario. Según afirma, el párrafo segundo del apartado 6 del artículo 2 de la Directiva 89/665 otorga al Estado miembro la facultad de limitarse a indemnizar por daños y perjuicios a las personas perjudicadas. Esto es todo lo que, en principio, puede exigir la Comisión en el procedimiento establecido en el artículo 169 del Tratado.

55. Por lo demás, el Gobierno austriaco señala que la Comisión da a entender que tampoco parte de una obligación ilimitada de anulación de los contratos. Además, el principio de protección de la confianza legítima se opone a tal obligación. La confianza legítima de las partes del contrato debe ser protegida y prevalece sobre la petición de la Comisión. Por último, el «effet utile» de la Directiva 93/37, que se concreta en forma de unas condiciones de competencia iguales, ya no puede garantizarse mediante una eventual anulación de los contratos. Los licitadores que obtuvieron inicialmente la adjudicación de los contratos adoptaron disposiciones que les otorgan claras ventajas frente a sus competidores. La anulación de los contratos hubiera entrañado la interrupción de la ejecución de las obras, y por ello también hubiera sido imposible.

56. Para terminar, el Gobierno austriaco plantea dos cuestiones jurídicas básicas. Por un lado, suscita el debate sobre la naturaleza jurídica de la NÖPLAN, para plantear la cuestión de hasta qué punto los particulares pueden invocar una Directiva contra dicho organismo. Por otro lado, considera que no está claro por qué razón el gran proyecto Sankt Pölten debería haberse sometido a las Directivas en materia de contratos públicos ya a partir de la adhesión de Austria al Espacio Económico Europeo. El proyecto, que según el Gobierno austriaco debe considerarse un proyecto global y, por consiguiente, no puede dividirse, se emprendió con anterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo EEE y de la adhesión de Austria a la Comunidad.

57. La Comisión replica que las facultades que le confiere al artículo 169 del Tratado son independientes del procedimiento con arreglo a la Directiva 89/665. Según afirma, así lo ha declarado ya el Tribunal de Justicia en otros asuntos. [22] En relación con el papel de la NÖPLAN, la Comisión observa que indiscutiblemente existe unanimidad acerca de que la NÖPLAN debe considerarse prolongación del Land de Baja Austria, en su función de poder adjudicador.

58. Por razones de sistemática, procede comenzar el examen por las reservas jurídicas formuladas por el Gobierno austriaco en último lugar.

21 — Limpieza final del centro administrativo de Baja Austria, sonorización del centro comercial, plantación de la arboleda, etc.

22 — Sentencia de 24 de enero de 1995, Comisión/Países Bajos (C-359/93, Rec. p. I-157), apartados 13 y 14.

59. En el presente procedimiento no es necesario entrar en la cuestión de la aplicabilidad del Derecho comunitario de contratos públicos tras la adhesión de la República de Austria al EEE, ya que, en todo caso, dicho Derecho es obligatorio para el nuevo Estado miembro desde el 1 de enero de 1995 por su adhesión a la Comunidad Europea y ello —en la medida en que no se hubieran negociado expresamente períodos transitorios— de modo directo con la adhesión.

60. Ya en el procedimiento administrativo previo, la Comisión manifestó su postura según la cual la Directiva 93/37 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos era aplicable, de conformidad con su artículo 6, al proyecto de construcción. [23]

Los apartados 1 y 3 del artículo 6 tienen el siguiente tenor:

«1. La presente Directiva se aplicará a los contratos públicos de obras cuyo importe, sin IVA, sea igual o superior a 5.000.000 de ECU. [24]

[...]

3. Cuando una obra esté dividida en varios lotes, cada uno de los cuales sea objeto de un contrato, el valor de cada lote se tomará en cuenta para evaluar el importe indicado en el apartado 1. Cuando el valor acumulado de los lotes sea igual o superior al importe fijado en el apartado 1, las disposiciones de dicho apartado se aplicarán a todos los lotes. No obstante, los poderes adjudicadores podrán introducir excepciones en la aplicación del apartado 1 para aquellos lotes cuyo valor, sin IVA, sea inferior a 1.000.000 de ECU, siempre que el importe acumulado de los mismos no sea superior al 20 % del valor acumulado de todos los lotes.»

61. En relación únicamente con el contrato relativo al sistema centralizado de gestión del edificio, que en su momento originó el litigio, la Comisión observó lo siguiente en el dictamen motivado:

«[...] Si bien es cierto que el contrato relativo al sistema centralizado de gestión del edificio, licitado únicamente a nivel regional, asciende aproximadamente a 26 millones de chelines, de modo que está por debajo del umbral establecido en la Directiva, de conformidad con la segunda frase del apartado 3 del artículo 6 ésta se aplica también a un contrato como ése (superación del umbral en caso de acumulación de lotes).» [25]

62. Esta apreciación jurídica, es decir, la constatación de que el contrato está sometido al Derecho comunitario, es correcta y

23 — Véase el punto 13 del dictamen motivado.

24 — 1 ECU equivale a 13,7789 ATS (a 1.12.98).

25 — Véase el punto 13 del dictamen motivado.

se aplica también a otros contratos del proyecto global. Por lo demás, el Gobierno austriaco no ha invocado ante este Tribunal de Justicia ningún hecho, al margen de la referencia a la naturaleza jurídica de la NÖPLAN, que cuestione la aplicabilidad de las Directivas pertinentes.

63. A continuación, procede analizar la referencia a la naturaleza jurídica de la NÖPLAN. También en relación con su estatuto hubo ya un intercambio de pareceres con carácter previo al presente procedimiento. En los anexos del escrito de interposición del recurso figura un escrito del Gobierno austriaco de 12 de mayo de 1995, dirigido a la Comisión, en el que se exponen las relaciones de control de la NÖPLAN. En él se afirma lo siguiente:

«[...] La NÖ Landeshauptstadt Planungsgesellschaft mbH (NÖPLAN) se constituyó como sociedad de Derecho privado con el objeto de ejecutar todas las medidas de planificación necesarias en relación con el establecimiento de la capital del Land de Baja Austria en Sankt Pölten. El 51 % de su capital es propiedad del Land de Baja Austria, el 10 % es propiedad de la ciudad de Sankt Pölten y el 39 % es propiedad de NÖ HYPO Leasinggesellschaft mbH. La aprobación de la adjudicación de prestaciones por un valor superior a los dos millones de chelines debe efectuarla obligatoriamente la comisión de adjudicaciones. La designación de los miembros de la comisión de adjudicaciones la realiza el Gobierno del Land de Baja Austria. Los miembros de los restantes órganos de la NÖPLAN (Consejo de Vigilancia, Junta General y Comité Financiero) son designados por los propietarios [...]».[26]

64. Durante todo el procedimiento ante este Tribunal, las partes consideraron que la NÖPLAN era una prolongación del Gobierno del Land de Baja Austria. Esta calificación, pese a su carácter poco técnico, describe de forma expresiva la subordinación de la persona jurídica con respecto a los órganos políticos responsables del Land. La resolución básica, de 6 de febrero de 1996, de suspender los procedimientos en curso, que supuso un giro radical en el procedimiento, fue adoptada por la «Vergabeausschuß» (comisión de adjudicaciones).

65. En la letra b) del artículo 1 de la Directiva 93/37 se define el concepto de poder adjudicador como «el Estado, los entes territoriales, los organismos de Dere-

26 — Véase el escrito del Gobierno austriaco a la Comisión de 12 de mayo de 1995, Anexo 3 del recurso. En el escrito de contestación del Gobierno austriaco, de 22 de diciembre de 1995, al escrito de requerimiento de la Comisión se afirma lo siguiente:
«Sobre el punto 8
la NÖPLAN no es sólo una sociedad constituida con el único objeto de ejecutar todas las medidas de planificación necesarias en relación con el establecimiento de la capital del Land de Baja Austria en Sankt Pölten. Por el contrario, entre sus actividades están, además del proyecto de construcción de que se trata, un gran número de otros proyectos, entre ellos proyectos de construcción de viviendas y proyectos comerciales, respecto a los que la NÖPLAN se encuentra en condiciones de competencia.»
El objeto social de la sociedad no volvió a discutirse ante este Tribunal de Justicia.

cho público y las asociaciones [...]». A continuación, se dispone que:

«[Se entenderá 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.

En el Anexo I figuran las listas de los organismos y de las categorías de organismos de Derecho público que reúnen los criterios enumerados en el párrafo segundo de la presente letra [...]».

66. No cabe ninguna duda de que el Land de Baja Austria, en cuanto entidad territorial, constituye un poder adjudicador. Aun cuando no se quiera ceñirse a la observación de que la NÖPLAN es una prolongación del Land, lo que no significa otra cosa sino que la responsabilidad finalmente corresponde al Land, también la sola consideración de la NÖPLAN conduce a un resultado similar. De acuerdo con la descripción efectuada por el Gobierno austriaco en el escrito de 12 de mayo de 1995 [27] del objeto, la personalidad jurídica y las relaciones de control económico de la NÖPLAN, esta sociedad reúne las características objetivas [28] de un «organismo de Derecho público» enumeradas en la segunda frase de la letra b) del artículo 1 de la Directiva 93/37. Un organismo de este tipo debe considerarse poder adjudicador en el sentido de la Directiva. [29]

67. La cuestión de qué ente es responsable en última instancia en caso de eventuales reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios de posibles licitadores debe resolverse con arreglo al Derecho interno del Estado miembro. [30] Si no existe, por tanto, ninguna duda acerca de la responsa-

27 — Citado anteriormente, punto 63.

28 — Véase la sentencia de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros (C-44/96, Rec. p. I-73), apartado 21.

29 — Véase la sentencia Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, citada en la nota 28 *supra*, apartado 29.

30 — Así se establece, como más reciente, en la sentencia de 17 de diciembre de 1998, Comisión/Irlanda (C-353/96, Rec. p. I-8565), apartado 23.

bilidad de principio en el marco del Derecho comunitario de contratos públicos, la cuestión que debe resolver el Tribunal de Justicia se reduce a los requisitos jurídicos y fácticos a los que está sujeta la obligación de anulación de los contratos ya celebrados.

68. En primer lugar, procede examinar la alegación formal según la cual las competencias en el procedimiento por incumplimiento no pueden exceder de la posibilidad, expresamente reconocida por el Derecho derivado al Estado miembro, de limitar los efectos de la adjudicación de un contrato celebrado en contra de lo dispuesto en el Derecho comunitario a la indemnización por daños y perjuicios al licitador perjudicado. La alegación según la cual el procedimiento con arreglo al artículo 3 de la Directiva 89/665 y el procedimiento por incumplimiento tienen el mismo objetivo debe acogerse en la medida en que se defina dicho objetivo como el respeto de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos. Hay que señalar, no obstante, que los procedimientos de recurso exigidos por la Directiva afectan sobre todo a la relación entre el licitador y el poder adjudicador. El procedimiento con arreglo al artículo 3 de la Directiva, que autoriza a la Comisión a intervenir, constituye —tal y como se ha declarado ya expresamente en la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia— [31] una medida preventiva. El procedimiento particular establecido en la Directiva no puede modificar ni sustituir las competencias de la Comisión en virtud del artículo 169 del Tratado. [32] Así pues, cabe considerar que las facultades que confiere la Directiva 89/665 a la Comisión no limitan ni formal ni sustancialmente sus amplias competencias en el procedimiento por incumplimiento.

69. En el presente asunto, se plantea un problema especial por el hecho de que los contratos aún pendientes de adjudicación en el marco del proyecto global en el momento de expirar el plazo señalado en el dictamen motivado fueron adjudicados conforme a lo establecido en el Derecho comunitario. Por consiguiente, debe determinarse primero hasta qué punto en esa fecha aún existía una infracción. La infracción imputada puede formularse brevemente: mediante la celebración de los contratos contrarios al Derecho comunitario se cometió la infracción, pero no se finalizó. Los contratos debían aún cumplirse.

70. En relación con los contratos celebrados mediante la decisión de adjudicación, procede realizar las siguientes observaciones. No existe ninguna duda sobre el carácter contrario al Derecho comunitario de dicha celebración. Desde la perspectiva actual, no se discute la discordancia entre la situación jurídica imperante por aquel entonces en el Estado miembro y los preceptos de Derecho comunitario. En su momento, el Gobierno austriaco compartió esta apreciación e impulsó la adaptación tanto de las AAVB criticadas como de la Ley. También cabe considerar que los órganos legislativos partieron de la aplicabilidad del Derecho general sobre contratos públicos al gran proyecto Sankt Pölten cuando incorporaron la disposición controvertida que establece una excepción en la Ley relativa a la adjudicación de contratos públicos en Baja Austria.

31 — Sentencia Comisión/Países Bajos, citada en la nota 22 *supra*, apartado 13. Como más reciente, véase la sentencia Comisión/Irlanda, citada en la nota 30 *supra*, apartado 22.

32 — Véanse las sentencias Comisión/Países Bajos, citada en la nota 22 *supra*, apartado 14, y Comisión/Irlanda, citada en la nota 30 *supra*, apartado 22.

71. Ahora bien, este último extremo no resulta determinante. Ha quedado acreditada la ilegalidad objetiva desde el punto de vista del Derecho comunitario de los procedimientos de adjudicación llevados a cabo en 1995. No es necesario entrar aquí en los detalles de la incompatibilidad con el Derecho comunitario del Derecho de contratos públicos vigente por aquel entonces, ya que las autoridades austriacas la reconocieron y la subsanaron mediante la modificación de la Ley con el fin de adaptarla a los preceptos de Derecho comunitario, y la Comisión ya no la invoca en el presente procedimiento.

72. En cambio, sí cabe preguntarse en qué medida la ilegalidad objetiva respecto al Derecho comunitario adquirió una nueva dimensión después de los días 27 y 28 de noviembre de 1995, de la que puede deducirse, en su caso, la obligación de anulación de los contratos celebrados con posterioridad a dicha fecha.

73. La Comisión sostiene que las autoridades austriacas ya estaban informadas de la problemática planteada con arreglo al Derecho comunitario mediante el intercambio de correspondencia que tuvo lugar durante 1995. No obstante, en la reunión bilateral celebrada los días 27 y 28 de noviembre de 1995, se trató en profundidad toda esta problemática, de modo que en la adjudicación de contratos con posterioridad a dicha reunión las autoridades austriacas actuaron, según la Comisión, de mala fe.

74. El Gobierno austriaco replica —como señaló expresamente el representante del Gobierno austriaco en la vista— que las conversaciones celebradas durante la reunión bilateral se desarrollaron en un marco no vinculante. A su entender, no cabe considerar que dichas conversaciones produjeron efectos jurídicamente vinculantes. Además, las autoridades austriacas defendieron en un primer momento fundadamente una postura diferente, no cediendo sino más tarde a los planteamientos de la Comisión.

75. Efectivamente cabe cuestionarse hasta qué punto el Gobierno austriaco debía considerar que la postura sostenida por la Comisión durante la reunión bilateral tenía carácter vinculante. Una reunión informal de este tipo no puede producir efectos jurídicos directos. Ahora bien, a este respecto, no debe ignorarse el hecho de que objetivamente existía una infracción y que el mantenimiento de las prácticas contrarias al Derecho comunitario podía tener consecuencias económicas considerables, en parte irreparables. Las autoridades austriacas estaban obligadas a evitar que se produjeran más daños, a más tardar con el inicio formal del procedimiento por incumplimiento mediante el escrito de requerimiento de 15 de diciembre de 1995. Para ello, no era necesario —como queda indicado— un largo procedimiento de modificación de la legislación, sino que hubiera bastado la suspensión provisional hasta que se examinara la situación. La posterior resolución adoptada por la comisión de adjudicaciones el 6 de febrero de 1996 demuestra que ello era además posible en la práctica.

76. Por ello, mi opinión es que la adjudicación de contratos desde el inicio formal del procedimiento por incumplimiento hasta la resolución de 6 de febrero de 1996 constituye una infracción cualificada del Derecho comunitario, de la que claramente puede deducirse una obligación de anulación de los mismos. Al fin y al cabo, se trata de contratos por un importe sensiblemente superior a los 300 millones de ATS, adjudicados a lo largo de un período de más de seis semanas. En la

medida en que los contratos celebrados durante dicho período el 3 de marzo de 1996 eran eficaces y aún no se habían sido cumplido, subsistía la infracción y la Comisión podía exigir la anulación de los contratos. Esta petición tampoco parece injusta, puesto que las autoridades austriacas actuaron expresamente «por su cuenta y riesgo».[33] Actuar «por su cuenta y riesgo» no puede significar en modo alguno generar un hecho consumado contra el que no puede imponerse sanción alguna.

77. Cuando el Gobierno austriaco alega ante este Tribunal de Justicia que la anulación de los contratos controvertidos es imposible, debe determinarse cuál es la naturaleza de dicha imposibilidad, es decir, si se trata de una imposibilidad original o sobrevenida, o de una imposibilidad jurídica o fáctica. En la medida en que se trate de una imposibilidad sobrevenida por razones fácticas, por haberse ejecutado entretanto el proyecto de construcción, esta circunstancia no puede modificar la situación abstracta en materia de obligaciones existente el 7 de marzo de 1996. Además, en la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia se ha reconocido que un Estado miembro no puede invocar los hechos de los que sea responsable para privar de objeto a un recurso por incumplimiento.[34]

78. También en este contexto debe apreciarse la alegación relativa a la imposibilidad original de anular los contratos en razón de la urgencia de proseguir con las obras. La exigencia de la Comisión de anular los contratos tan sólo se refería a los contratos celebrados por cuenta y riesgo del poder adjudicador con conocimiento de su posible ilegalidad con arreglo al Derecho comunitario. El Estado miembro hubiera podido eludir semejante exigencia si hubiera actuado de inmediato, mediante una resolución como la adoptada el 6 de febrero de 1996, para evitar que se produjeran hechos consumados.

79. Este planteamiento se ve sustentado por una consideración que se encuentra en la base de la Directiva 93/37. La letra c) del apartado 3 del artículo 7 de la Directiva autoriza a los poderes adjudicadores a adjudicar un contrato de obras mediante el procedimiento negociado cuando existan razones imperativas de urgencia que no permitan respetar los plazos exigidos. No obstante, dichas razones deben tener su origen en acontecimientos imprevisibles para los poderes adjudicadores.

80. Ahora bien, aunque las anteriores consideraciones se aplican a los casos en que se afirma que existe una imposibilidad fáctica, no se han aclarado aún las eventuales consecuencias de la imposibilidad jurídica. La apreciación con arreglo al Derecho comunitario se encuentra aquí con un límite, porque como alega con razón la Comisión y se ha señalado en el marco del examen de la admisibilidad, cualquier eventual anulación de contratos es competencia del Estado miembro. Las bases jurídicas y el alcance de una eventual anulación se determinan conforme al Derecho interno y, por tanto, no pueden establecerse aquí de manera vinculante.

33 — Véase el auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 22 de abril de 1994, Comisión/Bélgica (C-87/94 R, Rec. p. I-1395), apartado 34, expresamente invocado por el Gobierno austriaco.

34 — Véase la sentencia de 7 de febrero de 1973, Comisión/Italia (37/72, Rec. p. 101), apartado 10; véanse también las conclusiones del Abogado General, de 13 de marzo de 1991, presentadas en el asunto Comisión/Portugal (C-247/89, Rec. 1991, pp. I-3659 y ss., especialmente, p. I-3670), punto 36, así como el auto en el asunto Comisión/Bélgica, citado en la nota 33 *supra*, apartado 40.

81. Por ello, revisten una importancia fundamental las observaciones presentadas por el Gobierno austriaco. Si bien éstas contienen toda una serie de motivos por los cuales es imposible anular los contratos *a posteriori,* en ningún momento se afirma que se trate de una imposibilidad original absoluta por razones jurídicas. En la medida en que el Gobierno austriaco consideró hasta el final, incluso ante este Tribunal de Justicia, que la petición de la Comisión relativa a la anulación de los contratos no estaba justificada, cabe considerar que seguramente no hizo ningún intento para satisfacer dicha petición en su momento.

82. En el resto del examen, deberá partirse de la base de que la afirmación relativa a la imposibilidad de la anulación de los contratos no era, en todo caso, absoluta. Con que hubiera existido *una* sola posibilidad, la petición de la Comisión no hubiera tenido por objeto una acción imposible. Así pues, cabe considerar que la exigencia de la Comisión creó una obligación jurídica de actuar.

83. A continuación, el Gobierno austriaco expone ante el Tribunal de Justicia que no podía exigirse razonablemente la anulación de los contratos por atentar contra la confianza legítima de las partes contratantes, que a su entender prevalece sobre la petición de la Comisión. Este argumento carece de pertinencia. El Gobierno austriaco invoca las situaciones jurídicas de terceros ilegalmente creadas por el poder adjudicador. En relación con las obligaciones básicas del Estado miembro frente a la Comunidad, el Estado miembro no puede invocar las consecuencias de su comportamiento ilegal para cuestionar la existencia de la propia obligación jurídica. Hasta qué punto era razonable exigir la anulación de los contratos en este caso concreto es una cuestión que escapa —como queda señalado— a la apreciación del Tribunal de Justicia.

84. Por último, procede examinar la alegación del Gobierno austriaco según la cual una vez adjudicados los contratos ya no podía salvaguardarse el «effet utile» de las Directivas. Según afirma, las relaciones de competencia habían sido alteradas de tal modo que ya no hubiera podido restablecerse una situación similar a la que había antes de la adjudicación. Ésta otorgó a los licitadores que participaron en ella una ventaja competitiva frente a los posibles licitadores posteriores. Es posible que esta argumentación sea correcta desde un punto de vista fáctico. Empero, no basta para privar de objeto cualquier intento de subsanar un comportamiento ilegal. Por ejemplo, una nueva licitación a escala comunitaria hubiera permitido, en su caso, participar en la misma a empresas que, en las circunstancias anteriores, simplemente no tuvieron conocimiento de la licitación. Estos potenciales licitadores no pueden identificarse *a posteriori,* de modo que no podrán invocar nunca su derecho a indemnización.

85. Como conclusión, procede señalar que la petición de la Comisión de 7 de marzo de 1996 dio lugar a una obligación de actuación, cuya imposibilidad original objetiva no ha podido acreditarse.

86. Para terminar, procede referirse una vez más a la cuestión del interés para ejercer la acción, que no puede responderse en el marco del examen de la admisibilidad. Dado que debe considerarse que existía una obligación abstracta de actuar, que el Gobierno austriaco negó hasta el final, la

existencia de un interés para ejercer la acción debe afirmarse ya por esta razón. Además, una sentencia declarativa en el presente procedimiento puede desempeñar un papel importante, en su caso, en un litigio relativo a eventuales derechos de indemnización, de modo que también por esta razón debe afirmarse la existencia de un interés para ejercitar la acción.

Costas

87. A tenor del apartado 2 del artículo 69 del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas. Por haber sido desestimados los motivos formulados por el Gobierno austriaco, procede condenarle en costas.

C. Conclusión

88. En virtud de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que:

«1) Declare que la República de Austria ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas del Consejo 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, y 89/665/CEE, de 21 de diciembre de 1989, así como del artículo 30 del Tratado CE, en el marco de la construcción del nuevo centro administrativo y cultural Sankt Pölten del Land de Baja Austria, en relación con la adjudicación de los contratos celebrados después del inicio del procedimiento por incumplimiento y antes del 6 de febrero de 1996 que, sin embargo, el 7 de marzo de 1996 aún no se habían cumplido o podían, en la medida de lo posible, anularse.

2) Condene en costas a la República de Austria.»