

# EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA. LA IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE JUSTICIA SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS Y SU ALCANCE EN RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS GENERALES

José Antonio MORENO MOLINA

*SUMARIO: I. Introducción. La menor conflictividad judicial en el ámbito de los contratos públicos en relación con otros sectores de la actuación administrativa. II. La importancia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la evolución y desarrollo del derecho comunitario de la contratación pública. III. Los principios generales de la contratación pública como imprescindible elemento unificador del derecho público de los contratos. Su reconocimiento en el ordenamiento jurídico comunitario y su consagración en la nueva LCSP española. IV. Los principios de derecho originario europeo aplicables a la contratación administrativa: la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad, la libre circulación de mercancías, el derecho de establecimiento, la libre prestación de servicios y las normas sobre la competencia. V. Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN. LA MENOR CONFLICTIVIDAD JUDICIAL EN EL ÁMBITO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN RELACIÓN CON OTROS SECTORES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

El control judicial de la contratación pública presenta algunos problemas y especificidades que lo diferencian de otros ámbitos de la justicia administrativa. En este sentido, hay que destacar la escasez de recursos judiciales y los temores de las empresas que contratan con las administraciones públicas para impugnar ante los tribunales de justicia los procedimientos de adjudicación

y las cuestiones surgidas durante la ejecución de los contratos públicos por temor a perder la oportunidad de obtener contratos en el futuro.<sup>1</sup>

La situación que se observa en relación con el control judicial de los contratos públicos contrasta con el notable incremento de la litigiosidad que ha caracterizado en los países europeos al orden jurisdiccional contencioso administrativo, que ha visto cómo los recursos a resolver crecían espectacularmente en número (recursos principalmente planteados en relación con las sanciones de la administración, los tributos, el urbanismo, la función pública, la responsabilidad patrimonial o el control de las potestades administrativas).

Junto a esta circunstancia, en los últimos años, merece destacarse por su importancia la decisiva jurisprudencia sobre contratación pública dictada por el máximo órgano judicial de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE), que ha sentado unos principios generales a respetar en los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos en todos los Estados miembros de la Unión.

## II. LA IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA EVOLUCIÓN Y DESARROLLO DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

### 1. *El completo corpus iuris comunitario europeo en materia de contratos públicos*

En el desarrollo del derecho europeo de la contratación pública ha desempeñado un papel decisivo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuya jurisprudencia sobre la materia, aplicando los grandes principios del Tratado de la Comunidad Europea, unida a las directivas aprobadas por el legislador comunitario, ha contribuido a formar un verdadero *corpus iuris* sobre contratos públicos.<sup>2</sup>

En este sentido, la Unión Europea cuenta hoy con una completa legislación sobre contratación pública, integrada tanto por normas sustantivas (la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudica-

<sup>1</sup> Piñar Mañas, J. L., “El sistema de garantías para la efectiva implantación de la apertura de la contratación pública comunitaria”, *Gaceta Jurídica de la CE*, boletines 76 y 77, 1992, p. 15 del primero de ellos.

<sup>2</sup> Moreno Molina, J. A., “La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos”, *Revista de Administración Pública* núm. 151, 2000, p. 319 y ss.

ción de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios y la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 31 de marzo de 2004 sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales) como por normas procesales y de recursos en los procedimientos de contratación (Directivas de recursos en los contratos de obras y suministros —Directiva 89/665/CEE— y en los sectores especiales —Directiva 92/13/CEE—, que han sido modificadas por la Directiva 2007/66/CE).

La norma de cabecera de todas las aprobadas por la Unión en la materia es la Directiva 2004/18/CE, que reconoce en el considerando primero de su exposición de motivos, que

...la presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales enumerados en el considerando 2.

La jurisprudencia del alto tribunal europeo que ha aplicado los grandes principios del tratado (prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad, libre circulación de mercancías, derecho de establecimiento, libre prestación de servicios) a los contratos públicos ha tenido decisivos efectos para el respeto de los principios de publicidad, objetividad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos por las distintas administraciones públicas europeas.<sup>3</sup> Incluso se puede decir que sus consecuencias han ido más allá que las propias directivas comunitarias en la materia, cuyo campo de aplicación ha sido más limitado al establecer siempre altos umbrales económicos de aplicación.

En efecto, el tribunal ha insistido en el carácter instrumental de las directivas con respecto a los principios básicos del tratado que afectan a la contratación pública, a la vez que ha destacado la necesidad de que las directivas sobre contratos públicos se interpreten conforme con los principios del tratado.

<sup>3</sup> Sobre la importancia de los principios generales del derecho, que dan soporte al andamiaje del derecho porque entrañan su esencia misma, véase Fernández Ruiz, J., *Derecho administrativo y administración pública*, México, Porrúa, 2006, pp. 204 y ss.

Por lo demás, es importante resaltar cómo en los últimos años han sido muy numerosas las sentencias del TJCE sobre contratos públicos (se pueden consultar las sentencias, junto a los autos y las bien fundamentadas conclusiones de los abogados generales del tribunal en la página web <http://www.curia.europa.eu/es/index.htm>). Estos pronunciamientos jurisprudenciales tienen su origen en litigios planteados a través de las principales vías de recurso abiertas ante el máximo órgano judicial europeo, todas las cuales son aptas para plantear pretensiones relativas a adjudicaciones de contratos públicos: recursos de incumplimiento planteados por la Comisión Europea contra los distintos Estados por incumplimiento de las normas comunitarias sobre contratos; cuestiones prejudiciales de interpretación y validez de las directivas comunitarias sobre contratación pública y solicitudes de indemnización por perjuicios sufridos como consecuencia del comportamiento culpable de instituciones europeas o administraciones nacionales en el marco de licitaciones públicas.

## 2. *La falta de mecanismos efectivos de control del cumplimiento de la normativa comunitaria sobre contratos públicos*

Toda la completa normativa comunitaria aprobada por las instituciones comunitarias desde los años setenta y encaminada a la apertura de la contratación pública quedaba en la práctica seriamente amenazada por la falta de medios de control eficaces para los supuestos de infracción del derecho comunitario en la materia.<sup>4</sup>

En efecto, las directivas sobre contratos públicos de obras, suministros, servicios y “sectores especiales” contienen exclusivamente normas sustantivas que disciplinan los procedimientos de contratación con el objetivo siempre puesto en la realización de los principios de transparencia y no discriminación. De esta forma, ante la ausencia de normas que específicamente contemplaran mecanismos de garantía, control y cumplimiento de estas directivas, como por lo demás es la regla general para la aplicación del derecho comunitario correspondía, por un lado, a los propios Estados miembros asegurar ese control y, por otro, a las instituciones comunitarias, comisión y tribunal de justicia, vigilar el cumplimiento efectivo de las directivas.

Sin embargo, por diversas razones, estos procedimientos de control no funcionaban por regla general o lo hacían de modo insuficiente.

<sup>4</sup> Gimeno Feliu, J. M., *El control de la contratación pública (las normas comunitarias y su adaptación en España)*, Madrid, Civitas, 1995, y “Una valoración crítica sobre el procedimiento y contenido de las reformas legales en contratación pública”, *RAP* 144, 1997.

En primer lugar, los poderes adjudicadores de los distintos países europeos cometen numerosas irregularidades en la adjudicación de los contratos públicos, ya sea por desconocimiento de la normativa comunitaria o por mala fe. La mayoría de estas irregularidades se producen antes de que el contrato sea adjudicado. Así, entre las prácticas fraudulentas detectadas por la Comisión de las Comunidades Europeas destacaban: el fraccionamiento deliberado de los contratos para escapar de los umbrales de aplicación de las directivas; las informaciones incompletas y erróneas facilitadas a las empresas interesadas; la introducción en los pliegos de condiciones de cláusulas discriminatorias; el incumplimiento de las normas de publicidad, recurso abusivo a la contratación directa (Sentencia del TJCE del 18 de marzo de 1992, Comisión contra España); el incumplimiento de las normas en el ámbito técnico —por ejemplo imponiendo especificaciones técnicas que favorecen a la producción nacional (denunciado en la STJCE del 22 de septiembre de 1988, Comisión contra Irlanda)—; el incumplimiento de las normas en materia de selección (exigiendo pruebas abusivas o exorbitantes, no previstas en las directivas, etcétera); incumplimiento de las normas en materia de adjudicación (utilizando sesgadamente el criterio de la oferta económicamente más ventajosa, y con criterios de adjudicación desconocidos por los licitadores, etcétera); introducción de modificaciones importantes de los pliegos de condiciones que permiten eliminar determinadas ofertas; la no observancia del procedimiento a seguir para las ofertas anormalmente bajas; la no consideración por parte del poder adjudicador de una evaluación objetiva de las ofertas, etcétera.

En definitiva, subsistían —y de hecho todavía persisten— tendencias generalizadas en todos los Estados miembros de la Comunidad Europea, de índole proteccionista, que llevaban a que las entidades contratantes favorecieran a las empresas nacionales. Si a ello unimos que las empresas que tenían que hacer frente a las discriminaciones solían mostrarse remisas a llevar a los compradores públicos a los tribunales nacionales, por temor a perder la oportunidad de obtener contratos en el futuro, la situación se presentaba como difícilmente superable.

Además de lo anterior, hay que resaltar que los distintos Estados miembros de la Comunidad Europea no disponen de legislaciones homogéneas garantizadoras de las normas comunitarias de contratación. En efecto, existen al respecto grandes diferencias entre los distintos países, tanto por lo que se refiere a las vías de control internas de las administraciones públicas como a las jurisdiccionales.

En relación con las primeras, hay que indicar que si bien todos los Estados miembros de la comunidad prevén recursos administrativos en ma-

teria de adjudicación de los contratos públicos, los poderes de actuación de las instancias administrativas competentes varían sustancialmente en los distintos ordenamientos. Así, por ejemplo, la posibilidad de suspensión de la decisión de adjudicación sólo existe en algunos Estados miembros (por ejemplo en Grecia, Dinamarca y España); la anulación de las decisiones de adjudicación por violación de las reglas obligatorias es posible en algunos ordenamientos, mientras que en otros no se permite si el contrato en cuestión ya concluyó. La posibilidad de conceder una indemnización directa en favor de las empresas perjudicadas por las instancias administrativas no existe más que en algunos Estados (como España y Dinamarca).

Por otra parte, los efectos jurídicos y procedimentales de las acciones ejercitadas sobre la base de un recurso administrativo varían en los distintos países de la comunidad: en algunos Estados es posible, por ejemplo, interponer un recurso administrativo y, al mismo tiempo, un recurso jurisdiccional (como en Bélgica y Portugal), mientras que en otros es obligatorio acudir a la vía administrativa de recurso como requisito previo a la interposición de un recurso jurisdiccional (son los casos de Dinamarca y España).

En cuanto a la vía jurisdiccional, también existen diferencias notables entre los distintos Estados miembros. La razón principal de estas divergencias es que los contratos públicos gozan de distinta naturaleza jurídica en los ordenamientos comunitarios, y así, mientras en unos países estos contratos tienen un carácter puramente privado (Gran Bretaña, Dinamarca, Alemania), en otros gozan de naturaleza pública (Francia, España). Ello da lugar a que las controversias en materia de contratación pública, según las distintas tradiciones jurídicas y evoluciones jurisprudenciales de los Estados, sean conocidas bien por la jurisdicción civil o bien por la jurisdicción administrativa.

A su vez, los poderes de los tribunales tienen también un alcance diferente en los distintos ordenamientos jurídicos así, la anulación de los procedimientos ilegales de adjudicación no puede obtenerse en condiciones similares en todos los Estados miembros, o la posibilidad de adopción de medidas cautelares efectivas no está prevista en algunos Estados, mientras que en otros solo se admite con carácter excepcional; y otro tanto ocurre con la posibilidad de obtener indemnizaciones por daños y perjuicios, que está sujeta en muchas jurisdicciones a tales imperativos que en realidad es únicamente una posibilidad teórica (no es este último el caso de España, donde está totalmente garantizada tanto la posibilidad de recurrir —vía recursos administrativos y contencioso-administrativos—, como la de obtener medidas cautelares e indemnizaciones de daños y perjuicios).<sup>5</sup>

<sup>5</sup> El sistema español de responsabilidad administrativa consagrado por la Constitución (artículo 106.2) y en la Ley 30/92, del 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las

Por otra parte, no han funcionado, por insuficientes, los mecanismos puramente comunitarios de control de las directivas sobre contratos públicos, ya que tan solo permitían a los órganos comunitarios llegar a constatar que los Estados miembros incumplían las obligaciones derivadas del tratado, pero sin poder ir más allá.

### 3. *La aprobación de las directivas comunitarias sobre “recursos” en materia de contratos públicos*

Ante la falta de medios de control eficaces para los supuestos de infracción del derecho comunitario de la contratación pública, la unión aprobó las directivas conocidas como de “recursos”: la Directiva del Consejo 89/665/CEE, del 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recursos en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, y la Directiva del Consejo 92/13/CEE, del 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.

Estas directivas imponen como principal obligación a los Estados la adopción de las medidas que sean necesarias para garantizar que las decisiones de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible. A tal efecto, los Estados deben velar para que los procedimientos de recurso que establezcan prevean los poderes necesarios:

- 1) 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” (artículo 2.1.a) de la Directiva 89/665).
- 2) 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

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (artículos 139 al 146), es de los más avanzados que existen en el derecho comparado. Se reconoce responsabilidad por los daños y perjuicios causados a los ciudadanos tanto por el funcionamiento normal como anormal de los servicios públicos.

pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión” (artículo 2.1.b).

- 3) Para conceder “una indemnización por daños y perjuicios a las personas perjudicadas por una infracción” (artículo 2.1.c).

Por lo que se refiere a las medidas cautelares, las directivas de recursos expresamente mencionan, como supuesto más típico de las mismas, “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 los poderes adjudicadores”. Sin embargo, las directivas no limitan las medidas provisionales a la suspensión, de manera que podrán adoptarse cualquier tipo de medidas.

Más recientemente ha sido aprobada la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. El objetivo de la misma es animar a las empresas comunitarias a que liciten en cualquier Estado miembro de la Unión, dándoles la seguridad de llegado el caso, entablar recursos eficaces cuando consideren que se lesionan sus intereses en el marco de procedimientos de adjudicación de contratos. Este refuerzo de la eficacia de los recursos precontractuales incitará a los órganos de contratación a dar mejor publicidad a sus contratos y a sacarlos a licitación en beneficio de todas las partes interesadas.

En su importante sentencia del 28 de octubre de 1999 (asunto Alcatel), el tribunal europeo señaló que:

Las disposiciones del artículo 2o., apartado 1, letras a) y b), en relación con las del artículo 6o., párrafo segundo, 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, deben interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato.

### III. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO IMPRESCINDIBLE ELEMENTO UNIFICADOR DEL DERECHO PÚBLICO DE LOS CONTRATOS. SU RECONOCIMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO Y SU CONSAGRACIÓN EN LA NUEVA LCSP ESPAÑOLA

Los principios generales de la contratación pública se presentan como un necesario elemento unificador que aporta claridad y seguridad jurídica en la aplicación e interpretación del derecho comunitario europeo de los contratos. Como podrá comprobarse a continuación, estos principios, basados en reglas comunitarias de naturaleza constitucional —recogidas en el Tratado de la Comunidad Europea y en el Proyecto de Constitución Europea— son hoy el fundamento de todo el derecho público sobre contratos de las administraciones.

En una lúcida doctrina, el TJCE ha destacado que la obligación de respeto de los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos se extiende no sólo a los contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias sobre contratación pública, el cual no deja de ser limitado (el artículo 7o. de la Directiva 2004/18/CE fija hoy el ámbito de aplicación de la misma, estableciendo umbrales económicos),<sup>6</sup> sino también a todos los contratos

<sup>6</sup> El citado precepto: “La presente Directiva se aplicará a los contratos públicos que no estén excluidos en virtud de las excepciones previstas en los artículos 10 y 11 y en los artículos 12 al 18 y cuyo valor estimado, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido (IVA), sea igual o superior a los umbrales siguientes:

a) 137 000 EUR, respecto de los contratos públicos de suministro y de servicios distintos de los contemplados en el tercer guión de la letra b) adjudicados por los poderes adjudicadores que sean una de las autoridades gubernamentales centrales que figuran en el anexo IV; por lo que se refiere a los contratos públicos de suministro adjudicados por dichos poderes adjudicadores que operen en el sector de la defensa, la presente disposición sólo se aplicará a los contratos relativos a los productos contemplados en el anexo V;

b) 206 000 EUR

— Respecto de los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por poderes adjudicadores distintos de los contemplados en el anexo IV.

— Respecto de los contratos públicos de suministro adjudicados por los poderes adjudicadores mencionados en el anexo IV y que operen en el sector de la defensa, cuando dichos contratos tengan por objeto productos distintos de los contemplados en el anexo V.

— Respecto de los contratos públicos de servicios adjudicados por un poder adjudicador y que tengan por objeto servicios de la categoría 8 del anexo II A, servicios de telecomunicaciones de la categoría 5 cuyas posiciones en el CPV sean equivalentes a los números de referencia CPC 7524, 7525 y 7526 y/o servicios que figuren en el anexo II B.

c) 5.150.000 EUR, respecto de los contratos públicos de obras”.

que celebren los órganos de contratación sujetos a las directivas, ya que así lo exigen distintos preceptos del Tratado de la Comunidad Europea, tal y como han sido interpretados por el propio tribunal.

Así, el tribunal Europeo, tras comprobar cómo las directivas sobre contratos no constituyen cuerpos uniformes y completos de normas sobre contratación pública, sostiene que los Estados siguen siendo libres para mantener o adoptar normas sustantivas y procedimentales que disciplinen los contratos públicos, pero, eso sí, “a condición de que se respeten todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario y, en particular, las prohibiciones derivadas de los principios consagrados por el tratado”.<sup>7</sup> La sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, *Parking Brixen GMBH*, resulta muy ilustrativa cuando concluye que

...pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad.

En la sentencia *Parking Brixen GMBH* se analiza por el tribunal europeo si la adjudicación de la gestión de unos aparcamientos públicos de pago constituye un contrato público de servicios o bien una concesión de servicios públicos a la que deben aplicarse las normas de la competencia, en particular, la obligación de igualdad de trato y de transparencia. Una vez decidida por el tribunal que se trataba de una concesión de servicios relativa a la gestión de un servicio público local (en el contrato en cuestión la retribución del prestador de servicios no procedía de la autoridad pública, sino de las cantidades abonadas por terceros para el uso del aparcamiento. Esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios, lo cual es una característica de la concesión de servicios públicos<sup>8</sup>), se estudió por el Tribunal si la adjudicación de la misma sin licitación

<sup>7</sup> Sentencia *CEI y Bellini*, del 9 de julio de 1987, Asuntos 27 a 29/86, Rec. 1987, F.J. 15, p. 3373. Véanse también las sentencias del 7 de diciembre de 2000, *Teleaustria y Telefonadress*, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartado 60, y del 21 de julio de 2005, *Coname*, C-231/03, Rec. p. I-0000, apartado 16.

<sup>8</sup> En este sentido, el artículo 1o., apartado 4, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (que no resultaba de aplicación cuando se produjeron los hechos del caso de autos) establece que la “«concesión de servicios» es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de

pública previa era compatible con el derecho comunitario, en particular con los principios de libre prestación de servicios, libre competencia y prohibición de discriminación y las consecuentes obligaciones de igualdad de trato y de transparencia, así como con el principio de proporcionalidad, en caso de que recayera en una sociedad anónima constituida mediante la transformación de una empresa especial de un municipio, con la circunstancia de que el capital social de dicha sociedad anónima pertenecía en su totalidad al municipio en el momento de la adjudicación. Pues bien, para el máximo intérprete del derecho comunitario europeo:

El artículo 12 CE proclama la prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad. Entre las disposiciones del Tratado aplicables más específicamente a las concesiones de servicios públicos cabe destacar, en particular, el artículo 43 CE, cuyo primer párrafo prohíbe las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro, y el artículo 49 CE, conforme a cuyo primer párrafo quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los artículos 43 CE y 49 CE constituyen una expresión particular del principio de igualdad de trato (véase la sentencia de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia, C-3/88, Rec. p. 4035, apartado 8). La prohibición de discriminación por razón de nacionalidad constituye igualmente una expresión específica del principio general de igualdad de trato (véase la sentencia de 8 de octubre 1980, Überschär, 810/79, Rec. p. 2747, apartado 16). En la jurisprudencia relativa a las directivas comunitarias en materia de contratación pública, el Tribunal de Justicia ha precisado que el principio de igualdad de trato de los licitadores tiene por objeto que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas, con independencia de su nacionalidad (véase en este sentido la sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p. I-2043, apartados 33 y 54). De ello se deduce que el principio de igualdad de trato de los licitadores es aplicable a las concesiones de servicios públicos aun cuando no exista una discriminación por razón de nacionalidad.

Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad implican, en particular, una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública concedente se asegure de que los mencionados principios son respetados. Esta obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador

servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio”.

potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación” (fundamentos jurídicos 47 a 52).

En nuestros días se aprecia una notable aproximación en la regulación jurídica de los contratos públicos en los diferentes ordenamientos de los países miembros de la Unión Europea, impulsada por la aprobación de toda una serie de directivas comunitarias sobre los contratos de obras, suministros y servicios, y acerca de procedimientos de recurso en la adjudicación de los contratos. Pues bien, con estas normas comunitarias se pretende garantizar el respeto en la contratación pública de los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación, los cuales, en mayor o menor medida según los países y el momento político, económico y social, se han visto con frecuencia seriamente comprometidos. En consecuencia, en los países miembros de la Unión lo que persigue como objetivo básico la normativa sobre contratación pública es asegurar la transparencia, la objetividad y la no discriminación en la adjudicación de los contratos, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada. El motivo de ello es claro: al elaborar las directivas comunitarias sobre contratos se pretende conseguir un marco común apropiado para todos los Estados, y estos parten de situaciones completamente diversas: en algunos países se conoce la figura de los contratos administrativos (España, Francia, Bélgica), pero en la mayoría de ellos no (Gran Bretaña, Alemania). En éstos, los contratos que celebra la administración no difieren para nada de los contratos privados. Los valores a defender por la legislación sobre contratos son, pues los de transparencia, no discriminación y objetividad.<sup>9</sup>

Las directivas sobre contratos públicos recogen de forma destacada estos principios generales aplicables en la adjudicación de los contratos.<sup>10</sup> Así, la directiva 2004/18/CE, sobre contratos del sector público, establece en su artículo 2 que: “los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia”.

<sup>9</sup> Piñar Mañas, J. L.: “El derecho comunitario de la contratación pública, marco de referencia de la nueva ley”, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, Civitas, 1996, p. 50.

<sup>10</sup> Acerca de las nuevas directivas, puede verse Fernández García, Y., “La nueva regulación de la contratación pública en el derecho comunitario europeo”, *RAP* 166, 2005, pp. 281 y ss.; Pignon, S., “Les nouvelles directives communautaires portant coordination des procédures de passation de marchés publics”, *Actualité Juridique-Droit Administratif*, núm. 26, 2004, pp. 1410 y ss., y Uría Fernández, F., “Apuntes para una reforma de la legislación sobre contratos de las Administraciones públicas”, *RAP* 165, 2004, pp. 300 y ss.

Por su parte, la Directiva 2004/17/CE sobre contratos en los sectores especiales señala en su artículo 10 que: “las entidades adjudicadoras tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán con transparencia”.

En un marco impuesto por el derecho comunitario europeo, la nueva Ley española de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007, del 30 de octubre) reconoce desde su artículo 1o. que el fundamento de toda la normativa de contratación es el respeto de los principios generales de la contratación pública. La presente Ley, señala el precepto, tiene por objeto regular la contratación del sector público:

...a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

El Tribunal Constitucional español ya había señalado en su sentencia del 22 de abril de 1993 que la normativa básica en materia de contratación administrativa tiene principalmente por objeto proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las administraciones públicas.

Ahora bien, la necesidad de respeto de los principios generales de la contratación pública se ve seriamente comprometida en la legislación de contratos por la existencia de procedimientos excepcionales, como el contrato menor y el procedimiento negociado, que los órganos de contratación españoles utilizan con un carácter general. La situación era ya muy preocupante con la vigencia del TRLCAP, pero se antoja peor todavía con la LCSP, ya que la nueva ley lleva a cabo un considerable aumento de los umbrales de utilización del procedimiento negociado y del contrato menor.

Hay que recordar que en el derecho comunitario de la contratación pública no se reconoce la figura del contrato menor, definida en la ley española exclusivamente por la cuantía del contrato, ni tampoco se recogen dentro de los supuestos tasados de utilización del procedimiento negociado aquellos que permiten en la LCSP acudir a este procedimiento sólo por razón de su valor.

Se trata de uno de los problemas más graves de la contratación pública en España, que no ha sido solucionado por la nueva ley. Desgraciadamente, todos los objetivos de la norma, recogidos ahora de forma destacada en el artículo 1o. de la LCSP, quedan en entredicho si los órganos de contratación deciden —como hasta ahora vienen haciendo masivamente nuestras administraciones, en especial las corporaciones locales— utilizar la figura del contrato menor, seleccionando libremente al contratista.

Para muchos ayuntamientos lo realmente excepcional va a resultar con la nueva ley de contratos adjudicar algún contrato de obras de más de 50.000 euros o un contrato de otro tipo cuya cuantía exceda de 18.000 euros (las cifras que ahora permitirán acudir al contrato menor de acuerdo con el artículo 122.3 de la LCSP).

¿Dónde queda, en estos casos de utilización masiva del contrato menor, el respeto de los principios generales de la contratación administrativa de libre concurrencia, igualdad y no discriminación? ¿Respetará así nuestro ordenamiento jurídico un derecho comunitario de los contratos públicos en el que la jurisprudencia europea —sentencia del TJCE del 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, Parking Brixen GMBH— obliga a respetar los principios generales en todos los contratos celebrados por los poderes públicos, como ha aclarado también la comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o solo parcialmente cubiertos por las directivas sobre contratación pública?

#### IV. LOS PRINCIPIOS DE DERECHO ORIGINARIO EUROPEO APLICABLES A LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA: LA PROHIBICIÓN DE TODA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE LA NACIONALIDAD, LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS, EL DERECHO DE ESTABLECIMIENTO, LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y LAS NORMAS SOBRE LA COMPETENCIA

La decisiva jurisprudencia del TJCE a la que anteriormente se hacía referencia ha interpretado las normas comunitarias y ha declarado plenamente aplicables a la contratación pública varios de los preceptos angulares del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Véase Michel, N., “La jurisprudence de la Cour de Justice sur les marchés publics: instrument essentiel pour leur ouverture à la concurrence”, *Revue du Marché Unique Européen*, núm. 3, 1994, pp. 135 y ss.

El tribunal ha enjuiciado, sobre la base de los parámetros del tratado, supuestos de prácticas nacionales de contratación que no estaban sujetas a las directivas sobre contratos públicos.<sup>12</sup> Por ejemplo, en el Asunto 45/87, Comisión contra Irlanda, se le planteó al tribunal la aplicación de la directiva 71/305 a un contrato público de obras adjudicado por un servicio público de distribución de agua —por tanto, era un contrato público en uno de los denominados “sectores excluidos”—.<sup>13</sup> El tribunal, tras declarar que dicho contrato quedaba claramente fuera del ámbito de aplicación de la directiva (de acuerdo con el tenor del artículo 3.5 de la misma), aplicó, sin embargo, al supuesto en cuestión el artículo 28 del tratado CE (libre circulación de mercancías), de forma que zanjó el litigio declarando que Irlanda había incumplido sus obligaciones derivadas del tratado al permitir la inclusión, en el anuncio de licitación del contrato, de una cláusula que discriminaba a todos aquellos participantes que no fueran a utilizar materiales irlandeses.<sup>14</sup> A su vez, en el asunto C-3/88, Comisión contra Italia, en el que se discutía sobre una normativa italiana que reservaba únicamente a las sociedades en que el Estado tuviera una participación mayoritaria la posibilidad de celebrar convenios en materia de realización de sistemas informáticos por cuenta de la administración pública, el tribunal, antes de plantearse la posible violación de la Directiva 77/62/CEE, apreció que, con dicha normativa, Italia incumplía las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 y 49 del tratado CE (que establecen el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios).<sup>15</sup>

Asimismo, el tribunal ha insistido en la necesidad de que las directivas sobre contratos públicos se interpreten de manera conforme con los principios

<sup>12</sup> Un análisis detallado de esta jurisprudencia comunitaria, así como, en general, del derecho comunitario de la contratación pública y su influencia sobre el ordenamiento jurídico español puede encontrarse en Moreno Molina, J. A., *Contratos públicos: derecho comunitario y derecho español*, Madrid, Mc-Graw Hill, 1996, y *Nuevo régimen de la contratación administrativa. Comentarios al RDL 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Madrid, La Ley, 2000.

<sup>13</sup> Los contratos en los sectores del agua, energía, transportes y telecomunicaciones no han sido objeto de regulación comunitaria hasta la aprobación de la Directiva 90/531/CEE, del 17 de septiembre de 1990, posteriormente sustituida por la Directiva 93/38/CEE, del 14 de junio de 1993 y más tarde por la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales.

<sup>14</sup> Sentencia del 22 del septiembre de 1988, Rec. 1988, pp. 4929 y ss. La empresa que había resultado discriminada en el procedimiento de adjudicación del contrato era la empresa española Uralita, en cuya oferta, que era la mejor desde el punto de vista económico, se proponía la utilización de materiales fabricados en España.

<sup>15</sup> Sentencia del 5 de diciembre de 1989, Rec. 1989, F.J. 6 a 16, pp. 4035 y ss.

del Tratado.<sup>16</sup> Así, en el Asunto *Du Pont de Nemours* (C-21/88), el Tribunal declaró que el artículo 30 del Tratado CEE se opone a una normativa nacional que reserve a las empresas establecidas en determinadas regiones del territorio nacional un porcentaje de los contratos públicos de suministro. Sin embargo, el gobierno italiano había alegado el artículo 26 de la Directiva 77/62, que podía amparar dicha normativa. Frente a ello, el tribunal señaló que no se puede interpretar la directiva en el sentido de que autoriza la aplicación de una legislación nacional cuyas disposiciones infrinjan las del tratado.<sup>17</sup>

Entre los principios del Tratado de la Comunidad Europea aplicables a la contratación pública sobresale, en primer lugar, la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad (artículo 12 del tratado). Esta exigencia es considerada por el Tribunal como el fundamento de todo el sistema de contratación pública a nivel comunitario (Sentencia del 22 de junio de 1993, asunto C-243/89).

Según reiterada jurisprudencia europea, el principio de igualdad de trato exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables, y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que ese trato esté justificado objetivamente.<sup>18</sup> Como recuerda el alto tribunal europeo, el principio general de la igualdad de trato, del cual la prohibición de discriminar a alguien por su nacionalidad no es sino una expresión específica, es uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario.<sup>19</sup> Además, el tribunal ha precisado que el principio de igualdad de trato prohíbe no solo “las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad..., sino también cualquier otra forma encubierta de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado”.<sup>20</sup>

En la sentencia *Storebaelt*, el tribunal tuvo ocasión de precisar el alcance del principio de igualdad de trato en cuestiones de contratación pública, al afirmar, por un lado, que el cumplimiento del principio de igualdad exige

<sup>16</sup> Sentencia del 20 de marzo de 1990, Rec. 1990, F. J. 16 a 18, pp. I-889 y ss. Véase al respecto Van Gerven y Gilliams, “La aplicación en los Estados miembros de las Directivas sobre contratos públicos”, *Gaceta Jurídica de la CEE*, núm. 96, 1991, p. 309 (traducción al español del “Rapport général”, cuya versión original se encuentra en *FIDE, 14 Congrès*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pp. 333 y ss.).

<sup>17</sup> Sentencia de 20 de marzo de 1990, Rec. 1990, F. J. 16-18, pp. I-889 y ss.

<sup>18</sup> Sentencia TJCE del 14 de diciembre de 2004, Arnold André, C-434/02, Rec. pp. I-0000, apartado 68.

<sup>19</sup> Sentencia TJCE del 8 de octubre de 1980 en el asunto 810/79, *Überschär*.

<sup>20</sup> Sentencia TJCE del 13 de julio de 1993 en el asunto C-330/91, *Commerzbank*. Véase también la Sentencia del 3 de febrero de 1982, asuntos acumulados 62 y 63/81, *Secco y Desquenne*.

que todas las proposiciones sean conformes a las prescripciones del pliego de condiciones con el fin de garantizar una comparación objetiva entre las ofertas<sup>21</sup> y, por el otro que, cuando una entidad adjudicadora toma en consideración una modificación introducida en las ofertas iniciales de un solo licitador, este último goza de una ventaja sobre sus competidores, lo que viola el principio de igualdad de trato de los licitadores y menoscaba la transparencia del procedimiento.<sup>22</sup> El Tribunal concluyó que “el procedimiento de comparación de las ofertas debía respetar, en todas sus fases, tanto el principio de igualdad de trato de los licitadores como el de transparencia, para que todos los licitadores dispusieran de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas”.<sup>23</sup> El tribunal precisó pues en esta jurisprudencia sobre la aplicación de las directivas que el principio de igualdad de trato entre licitadores no depende de una posible discriminación por motivos de nacionalidad u otros criterios de distinción.

En un asunto más reciente, el Tribunal de Primera Instancia de la Unión ha aplicado también con lucidez el principio de igualdad de trato. En concreto, en la sentencia del TPI del 17 de marzo de 2005 (asunto T-160/03), el tribunal resolvió una demanda de indemnización del perjuicio supuestamente sufrido como consecuencia de irregularidades en el procedimiento de licitación de un proyecto financiado por el programa TACIS (“Proyecto FDRUS 9902 – *Agricultural extension services in South Russia*”). El contrato en cuestión se adjudicó a una empresa, uno de cuyos responsables participó en la evaluación y selección de las ofertas en la licitación.

La dura sentencia del tribunal contra la Comisión Europea realiza un completo análisis del desarrollo del procedimiento de licitación y concluye que en el desarrollo del mismo no se respetó el principio de igualdad de trato de los licitadores, principio que responde a la esencia misma de las directivas en materia de contratos públicos y es el fundamento de todo el sistema de contratación pública a nivel comunitario (sentencia del 22 de junio de 1993, asunto C-243/89). No cabe duda para el tribunal de que este principio de igualdad, la búsqueda de una buena gestión financiera de los fondos comunitarios y la prevención del fraude hacen que sea muy criticable que se adjudique un contrato a una empresa cuyo responsable ha participado

<sup>21</sup> Sentencia del 22 de junio de 1993 en el asunto C-243/89, *Storebaelt*, apartado 37. Véase también la sentencia del Tribunal de Primera Instancia del 17 de diciembre de 1998, T-203/96, *Embassy Limousines and Services*.

<sup>22</sup> Para un análisis de los procedimientos de adjudicación de los contratos, véase el excelente trabajo de Gimeno Feliú J. M., *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimientos de adjudicación: la incidencia de las directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, Civitas, 2003.

<sup>23</sup> Sentencia del 25 de abril de 1996 en el asunto 87/94, *Bus Wallons*.

en la evaluación y selección de las ofertas en la licitación, supuesto que está perseguido por el Derecho penal de varios Estados miembros (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de junio de 1999, *Iseri Europa/Tribunal de Cuentas*, T-277/97, Rec. p. II-1825, apartado 112).

Tras descubrir un conflicto de intereses entre un miembro del comité de evaluación y uno de los licitadores, incumbía a la comisión preparar y adoptar, con toda la diligencia debida y basándose en todos los datos pertinentes, su decisión sobre el desarrollo del procedimiento de adjudicación del contrato de que se trate. Dicha obligación se derivaba de los principios de buena administración y de igualdad de trato. La Comisión está obligada, en efecto, a velar en cada fase de un procedimiento de licitación por el respeto de la igualdad de trato y, en consecuencia, por la igualdad de oportunidades entre todos los licitadores (véanse, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia del 29 de abril de 2004, *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, Rec. p. I-0000, apartado 108, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia del 24 de febrero de 2000, *ADT Projekt/Comisión*, T-145/98, Rec. p. II-387, apartado 164).

Sin embargo, en el asunto comentado, la administración contratante (la comisión), tras descubrir un conflicto de intereses entre un miembro del comité de evaluación y uno de los licitadores, no adoptó con diligencia medidas inmediatas. Se violaron así los principios de buena administración y de igualdad de trato (véase, por analogía, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia del 9 de julio de 1999, *New Europe Consulting y Brown/Comisión*, T-231/97, Rec. p. II-2403, apartado 41).

Ya en su decisión del 22 de abril de 2002 (decisión 834/2001/GG), el Defensor del Pueblo Europeo había advertido que

...según las buenas prácticas administrativas, en los procedimientos de licitación la Administración debe atenerse a las normas establecidas para tales procedimientos. Por ello, el Defensor del Pueblo considera que, al permitir a los participantes en la licitación incluir los honorarios de expertos dentro de los gastos reembolsables, la Comisión no se atuvo a las reglas aplicables a la licitación ni al objetivo perseguido por dichas reglas. Ello constituye un caso de mala administración.

En la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de octubre de 2001 (asuntos acumulados C-19/00), el Tribunal analizó las posibilidades de resolución de un concurso para adjudicar un contrato público de obras, en el que la entidad contratante había especificado que, “con arreglo a los criterios de adjudicación (distintos del precio), el contrato será adjudicado al licitador competente que haya presentado la oferta que

se considere más ventajosa para la [entidad adjudicadora] en términos de coste y de calidad técnica”, y cuando los tres licitadores que han presentado las ofertas más bajas son contratistas de competencia notoria y han presentado ofertas de reconocida calidad técnica y cuando los precios de los tres licitadores más económicos no presentan diferencias sustanciales. En estos casos, la entidad adjudicadora ¿está obligada a adjudicar el contrato al empresario que haya ofertado el precio más bajo o, por el contrario, está facultada la entidad adjudicadora para adjudicar el contrato al licitador que haya presentado la oferta con el segundo precio más bajo sobre la base del dictamen profesional de su ingeniero-asesor, que señala que el coste final del contrato para la entidad adjudicadora será probablemente menor si el contrato se adjudica al licitador que ha ofertado el segundo precio más bajo que si el contrato se adjudica al licitador que ha ofertado el precio más bajo?

Para el TJCE

...los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de preparar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p. I-2043, apartado 54)... Resultaría incompatible con el artículo 29 de la Directiva 71/305 en su versión modificada un criterio de adjudicación en la medida en que implicase la atribución a la entidad adjudicadora de una libertad incondicional de elección para la adjudicación a un licitador del contrato de que se trate. La mera circunstancia de que un criterio de adjudicación verse sobre un dato que sólo se conocerá con precisión después de la adjudicación del contrato no puede interpretarse en el sentido de que confiere a la entidad adjudicadora dicha libertad incondicional.

Otro principio importante que el tribunal de Luxemburgo ha aplicado con firmeza en el ámbito de la contratación pública es el de la libre circulación de mercancías (artículo 28 del TCE).<sup>24</sup> La libertad de circulación de mercancías constituye el principal título habilitador de la intervención comunitaria en el campo de la contratación pública y, por consiguiente, es un obligado punto de referencia para la interpretación de las legislaciones, tanto nacionales como comunitaria, sobre la materia, así como para la integración de sus lagunas e insuficiencias.

Como se señaló anteriormente, también son de aplicación en el ámbito de la contratación pública el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad (artículos 43 y siguientes del TCE). Estos preceptos, según el Tribunal de Luxemburgo, obligan a eliminar no sólo las discriminaciones ostensibles, en razón de la nacionalidad, sino también

<sup>24</sup> Véase la STJCE del 20 de marzo de 1990, C-21/88.

cualquier forma encubierta de discriminación que, mediante la aplicación de otros criterios de distinción, conduzca de hecho al mismo resultado (STJ-CE de 5 de diciembre de 1989, C-3/88). En este asunto se cuestionó por la comisión ante el tribunal la adecuación al tratado de determinadas normas de un Estado miembro (Italia) que reservaban a sociedades de cuyo capital es único titular el sector público o en las que éste posee una participación pública mayoritaria algunos contratos públicos de suministros en el sector de la informática. El tribunal, en su sentencia, recordó su jurisprudencia que, en base a los artículos 43 y siguientes del tratado, a los que considera una expresión particular del principio de igualdad de trato del artículo 7o., prohíbe no sólo las discriminaciones ostensibles sino también las encubiertas, y la aplicó al caso concreto ya que: “las Leyes y Decretos-Leyes controvertidos, aunque indistintamente aplicables a cualquier sociedad italiana o extranjera, favorecen principalmente a sociedades italianas”.

En la sentencia del 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen GMBH*, el TJCE concluyó que la falta total de licitación en la adjudicación de una concesión de servicios públicos no respondía a los requisitos de los artículos 43 y 49 de CE ni a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

Además el tribunal ha subrayado la importancia de los principios y normas que se derivan del Tratado y ha precisado, en particular, que las directivas de contratación pública tienen por objeto, por una parte: “facilitar la realización en el interior de la Comunidad de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios” y, por otra parte, “garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el tratado en el sector de los contratos públicos de obras y de suministros”.<sup>25</sup>

Junto a los anteriores preceptos, desarrollan, asimismo, una importante función en el campo de los contratos públicos las normas sobre la competencia, principalmente la prohibición de acuerdos contrarios a la competencia y de abuso de posiciones dominantes.

El régimen que se deriva para los contratos públicos de las disposiciones pertinentes del Tratado de la Comunidad puede resumirse en las obligaciones siguientes: fijación de las normas aplicables a la selección del contratista de la administración, publicidad adecuada relativa a la intención de otorgar un contrato y a las normas que rigen la selección para permitir un control de la imparcialidad a lo largo de todo el procedimiento, convocatoria real de los operadores potencialmente interesados o con capacidad para garantizar el cumplimiento de las tareas en cuestión, respeto del principio

<sup>25</sup> Sentencias del 10 de marzo de 1987, en el asunto 199/85: Comisión contra Italia, y del 17 de noviembre de 1993 en el asunto 71/92: Comisión contra España.

de igualdad de trato de la totalidad de los participantes a lo largo de todo el procedimiento y adjudicación con arreglo a criterios objetivos y no discriminatorios.<sup>26</sup>

En definitiva, la jurisprudencia del alto Tribunal Europeo que ha aplicado los grandes principios de tratado a los contratos públicos ha tenido decisivos efectos para el respeto de los principios de publicidad, objetividad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos por las distintas administraciones públicas europeas.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- AAVV, *Informe y conclusiones de la Comisión de Expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Economía y Hacienda, 2004.
- , *Derecho a la contratación pública y regulada. Comentarios sistemático y concordado de la legislación vigente*, Madrid, Civitas, 2004.
- , en GARCIA MACHO, R. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- ARIÑO ORTÍZ, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* vol. I, Comares, Granada, 2003.
- FERNÁNDEZ RUIZ, J., *Contratos administrativos. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, 2007.
- , *Derecho Administrativo y Administración Pública*, México, Porrúa, 2006.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., *Pago directo de la administración a suministradores y a subcontratistas de obras. Aplicación del artículo 1597 CC en el ámbito de la contratación administrativa*, *Contratación administrativa práctica*, núm. 25, 2003.
- , “La garantía del equilibrio financiero en la concesión de servicios públicos (I)”, *Contratación administrativa práctica*, núm. 26, 2003.
- GARCÍA DE ENTERRIA, E., *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbordada*, Madrid, Civitas, 1999.
- , “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro derecho administrativo en materia de entes sujetos al derecho público y de medidas cautelares contencioso-administrativas”, *REDA*, 2003.
- , Una nueva sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las administracio-

<sup>26</sup> Véase el Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones [COM (2004) 327 final].

- nes públicas (Sentencia Comisión contra España, del 16 de octubre de 2003, C-283/00)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 120, octubre-diciembre de 2003.
- GIMENO FELIÚ J. M., *El control de la contratación pública*, Madrid, Civitas, 1995.
- , *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Madrid, Civitas, 2006.
- *et al.*, *Contratación de las administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Barcelona, Atelier, 2004.
- LAUBADERE, A. *et al.*, *Traité des contrats administratifs*, t. I, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983.
- LÓPEZ-CONTRERAS GONZÁLEZ y MESTRE DELGADO, *Contratos Públicos: análisis de la regulación en España y discusión de las principales líneas de mejora*; Madrid, Cátedra Jurídica del Centro PwC & IE del Sector Público, 2006.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN E., “El nuevo sistema legal francés en materia de contratación de las administraciones públicas. Hacia la unidad de jurisdicción”, *Revista de Administración Pública*, núm. 158, 2002.
- MESTRE DELGADO, J. F., “El control de la adjudicación de los contratos públicos”, *Nuevas perspectivas del régimen local. Estudios en homenaje al profesor Jose Ma. Boquera Olive*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- MORENO MOLINA, J. A., *Nuevo régimen de contratación administrativa. Comentarios a La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas tras la Ley 53/1999*, Madrid, La Ley, 2000.
- , *Principios generales de la contratación de las administraciones públicas*, Albacete, Bomarzo, 2006.
- , *Contratos públicos: Derecho español y comunitario*, Madrid, McGraw-Hill, 1996.
- , “Las nuevas directivas de la Comunidad Europea sobre contratos públicos (93/36, 93/37 y 93/38/CEE, del 14 de junio de 1993)”, *Revista Estado & Direito*, núm. 13, 1994.
- , “Los procedimientos de selección de contratistas y de adjudicación de los contratos”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 136, 1996.