

**L**OS datos son suficientemente elocuentes y hablan por sí mismos acerca de la importancia que tiene asegurar, en esta materia, la competencia entre los empresarios de la Comunidad.

Para lograrla, el Consejo de la CEE aprobó en 1971 (71/305/CEE) una norma encaminada a que todos los estados ajustaran sus procedimientos, para la adjudicación de contratos públicos de obras, a los principios de *publicidad* (inserción de los anuncios del concurso o la subasta en el Diario Oficial de la Comunidad Europea) y *no discriminación* (prohibición de condiciones o especificaciones técnicas que excluyan a un contratista o producto de un determinado país).

Mediante los Reales Decretos Legislativos 931/86 de 2 de mayo y 2528/86 de 28 de noviembre, nuestra legislación en la materia, Ley y Reglamento de Contratación del Estado, fue adaptada a la directiva europea, por lo que nos hallamos plenamente insertos en un contexto jurídico en el que el Estado puede ser declarado «incumplidor de sus obligaciones» si vulnera los citados principios de publicidad y no discriminación, con proyección europea.

Acaso un buen ejemplo jurisprudencial de esta situación lo constituya la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 10 de marzo de 1987 (As. 199/85) dictada en proceso contra la República Italiana.

Efectivamente, el 5 de noviembre de 1979 el Consejo Comunal de Milán aprobó la adjudicación de un contrato —sin seguir ningún tipo de procedimiento— a un consorcio de tres empresas italianas, para la construcción de una instalación de reciclaje de residuos sólidos.

Enterada de los hechos, la Comisión Europea interpuso demanda (artículo 169 del Tratado de Roma) contra la República Italiana para obtener la declaración de que el Estado había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 71/305, al haber adjudicado un contrato de obra a tres empresas nacionales sin seguir procedimiento alguno, y en concreto, vulnerando la obligación de

## **Sentencia del TJCE de 10.3.87. As 199/85. Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Italiana**

**La libre competencia entre contratistas de toda la CEE para obtener la adjudicación de contratos de obras públicas, convocados por la Administración de cualquier país miembro, constituye una de las expresiones de la libertad de mercado en el ámbito comunitario.**

**Aunque, por nuestra estructura empresarial, estamos lejos de que un contratista español pueda concurrir a una subasta convocada — por ejemplo— por la Administración alemana para la ejecución de un tramo de autopista, lo cierto es que, *jurídicamente*, resulta posible (obviamente, también el supuesto contrario).**

**Esa libre concurrencia, en materia de contratación pública, para la realización de obras, genera importantes beneficios, vía ahorro. Según el informe Padua Scioppa (1), el ahorro generado por la competencia, en este campo, puede evaluarse en un 25%. Tal porcentaje es equivalente al 1 ó 2% del PIB de la Comunidad y supone entre dos y cuatro veces los recursos dedicados por los estados miembros a ayudas para el desarrollo.**

publicar la convocatoria en el Diario Oficial de la Comunidad Europea (DOCE).

La estrategia jurídica que el Estado italiano estructuró giró en torno a la invocación del artículo 9 b) y d) de la Directiva 71/305.

El mencionado precepto establece una «lista» de casos *excepcionales* en los cuales «los poderes adjudicadores podrán efectuar sus contratos de obras sin aplicar las disposiciones de la presente Directiva». Supuestos, todos ellos, en los que, por su especial naturaleza [a) ausencia de ofertas; c) obras de investigación; e) obras declaradas secretas o que afecten a la seguridad nacional, etc.], el Estado puede soslayar el procedimiento normal de adjudicación.

Los apartados del artículo 9, en los que se apoyó el Estado italiano para orillar su obligación de publicar el anuncio del contrato en el DOCE, fueron los siguientes:

b) «En aquellas obras en las cuales la ejecución no pueda ser confiada más que a un determinado contratista, por razones técnicas, artísticas, o por razones de protección de los derechos de exclusividad».

d) «En la medida estrictamente necesaria, cuando una imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevistos para los poderes adjudicado-

res no sea compatible con los plazos requeridos por otros procedimientos».

Frente a ese planteamiento, el TJCE comienza por reiterar que la Directiva 71/305 establece reglas comunes, especialmente en materia de publicidad y participación, con el fin de que los contratos públicos de obra de los diferentes estados miembros sean accesibles a todas las empresas de la Comunidad. A continuación, reconoce que el artículo 9 de la Directiva permite a los poderes adjudicatarios sustraerse a estas reglas, si bien ello está sometido a dos principios ya clásicos en la técnica jurídica continental.

Establecido todo ello, el Tribunal contraargumenta en un doble sentido: de un lado, afirma que las disposiciones del artículo 9 deben ser objeto de una interpretación estricta, acogiendo así el principio de la interpretación restringida de las disposiciones restrictivas de derechos o excepcionales; de otro, el Tribunal deja constancia de que el Estado italiano no aportó ningún elemento probatorio que justificara la inclusión del contrato de obras en algu-

(1) Citado en el dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva del Consejo COM (87) 134. Bruselas, 22-octubre-1987.

# LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

no de los supuestos excepcionales que contempla el artículo 9 de la Directiva, dando cabida, de este modo, al principio jurídico de que incumbe la prueba de las circunstancias a quien las invoca.

En base a este doble razonamiento, el Tribunal, en su sentencia, declara expresamente «el incumplimiento de la República Italiana de las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 71/305 del Consejo».

Comentario aparte merece la argumentación del Tribunal, en la parte de su sentencia que destina a resolver determinadas cuestiones suscitadas por la defensa del Estado italiano sobre la admisibilidad de la demanda. Sobre esta cuestión, el TJCE resolvió que la demanda era admisible habida cuenta de que el Estado italiano, pese a ser consciente de la presunta vulneración de la

Directiva comunitaria, no adoptó ninguna *medida efectiva* para restablecer el derecho conculcado.

## UNA RESOLUCIÓN CON TRASCENDENCIA

La decisión tiene alguna trascendencia y constituye expresión de una línea tendencial que pronto se plasmará en Derecho aplicable: el establecimiento de sanciones efectivas (multas, suspensión del contrato, etc.) a las autoridades que incumplan las obligaciones de la Directiva 71/305.

A tal efecto, el 1 de julio de 1987 el Consejo presentó una «propuesta de Directiva» [COM (87) 134 final] en la que se establecen sanciones que van desde la multa hasta la suspensión de

las obras para las administraciones que incumplan la norma comunitaria; se prevé que la Comunidad «pueda ser parte» en los procesos que se incoen con motivo de irregularidades cometidas en la adjudicación de contratos públicos, etc.

En resumen, nos encontramos en un momento en el que se transita, de una primera fase en la que el Estado sólo podía ser «declarado incumplidor», a otra etapa, en la que la Administración Pública podrá ser sancionada, real y efectivamente. De ello, seguro que serán conscientes nuestros poderes públicos, quizá demasiado proclives históricamente a las «adjudicaciones directas».

FRANCISCO RUIZ

*Abogado*