

como concederle los subsidios correspondientes, o inscribir a los hijos en el libro de familia, sin duda se les habría declarado culpables de discriminación de la demandante y su familia. Sin embargo, como se subraya en la Sentencia Marckx (ap. 67), este razonamiento no podría ser invertido:

“También se infringe el artículo 12 en tanto que la legislación no otorga a los padres ‘naturales’ los mismos derechos que a los esposos. Los demandantes interpretan esto como una exigencia de que todas las consecuencias jurídicas ligadas al matrimonio sean equivalentes en situaciones comparables en ciertos aspectos a éste. El Tribunal no puede suscribir tal opinión; considera con la Comisión que se trata de un problema derivado del marco del artículo 12.

“Podemos preguntarnos si la demandante podía, razonablemente, no ser consciente de la precaria situación jurídica de su matrimonio gitano. No estoy convencido de que la actitud de las autoridades españolas haya podido llevar, legítimamente, a la demandante a suponer que su matrimonio era válido con respecto a la legislación española. Puedo creer que ignoraba absolutamente el contexto jurídico cuando se casó, a los 15 años, según el rito gitano. Sin embargo, considero abusivo hacer responsable de su ignorancia al Estado demandado. Y todavía consideraría mayor abuso reprochar a

las autoridades españolas una falta, en razón de la igualdad de trato dado a la demandante y su familia en relación con las familias fundadas sobre la institución del matrimonio.

“(…)

“A este respecto, dudo que exista una base fáctica o legal con respecto a lo que se afirma en el apartado 57: ¿realmente se puede decir que ‘no se podía exigir a la demandante, sin vulnerar su derecho a la libertad religiosa, que se casara legalmente, es decir, según el derecho canónico en 1971, cuando manifestó su consentimiento para casarse según el rito gitano’? No sabemos nada de la obediencia religiosa de la demandante, si es que la tenía. Asimismo, el Convenio (y concretamente su artículo 9, que garantiza la libertad religiosa) no estaba todavía vigente en España en 1971. En cualquier caso, se trata de un *obiter dictum* muy audaz.

“Señalo, con satisfacción, que el 3 de diciembre de 2008, en aplicación de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de 2007, sobre medidas relativas a la Seguridad Social, se concedió a la demandante una prestación de viudedad con efectos retroactivos desde el 1 de enero de 2007, en tanto que pareja de hecho de M. D. (apartado 21 de la Sentencia). De este modo, se encontró una solución adecuada en el nivel apropiado, es decir, a nivel nacional.”

C) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Si las disposiciones nacionales referentes a los plazos para interponer recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, no pudieran interpretarse de conformidad con la Directiva 89/665, el órgano jurisdiccional nacional deberá abstenerse de aplicarlas, con objeto de aplicar íntegramente el Derecho comunitario y tutelar los derechos que este concede a los particulares

Órgano: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Tercera. Cuestión prejudicial. Asunto C-406/08. Caso Comisión Europea contra Uniplex (UK) Ltd

Fecha: Sentencia de 28 de enero de 2010

Disposiciones analizadas: Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 92/50

Doctrina: El artículo 1, apartado 1, 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, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, exige que el plazo para interponer un recurso destinado a que se declare la infracción de las normas de adjudicación de los contratos públicos o a obtener una indemnización de daños y perjuicios por la infracción de estas normas comience a correr en la fecha en que el demandante haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de tal infracción.

– El artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 92/50, se opone a que un precepto nacional, permita a un tribunal nacional inadmitir por caducidad un recurso destinado a que se declare la infracción de las normas de adjudicación de los contratos públicos o a obtener una indemnización de daños y perjuicios por la infracción de estas normas, en virtud de la aplicación del criterio, valorado de forma discrecional, de que tales recursos deben interponerse sin demora.

– La Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 92/50, impone al órgano jurisdiccional nacional la obligación de, haciendo uso de sus facultades discrecionales, prorrogar el plazo para interponer recurso de forma que se garantice al demandante un plazo equivalente a aquel de que habría dispuesto si el plazo previsto por la normativa nacional aplicable hubiera comenzado a correr a partir de la fecha en que tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la infracción de las normas de adjudicación de los contratos públicos. Si las disposiciones nacionales referentes a los plazos para interponer recurso no pudieran interpretarse de conformidad con la Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 92/50, el órgano jurisdiccional nacional deberá abstenerse de aplicarlas, con objeto de aplicar íntegramente el Derecho comunitario y tutelar los derechos que este concede a los particulares

Supuesto de hecho

La cuestión de prejudicialidad se plantea en un litigio entre Uniplex (UK) Ltd (en lo sucesivo, "Uniplex") y el NHS Business Services Authority (en lo sucesivo, "NHS"), en relación con la conclusión de un acuerdo marco.

Uniplex, sociedad mercantil domiciliada en el Reino Unido, es la distribuidora exclusiva en dicho Estado miembro de hemostáticos fabricados por Gelita Medical BV, sociedad domiciliada en los Países Bajos.

El NHS forma parte del *National Health Service*, un servicio de sanidad pública del Reino Unido, dependiente del Estado y explotado por este. El NHS es una entidad adjudicadora en el sentido de la Directiva 2004/18.

El conflicto se planteará respecto de la resolución del procedimiento restringido de licitación, impulsado por NHS, para la celebración de un acuerdo marco para el suministro de hemostáticos.

Tras el cruce de una serie de requerimientos, el 12 de marzo de 2008 Uniplex interpuso un recurso ante la *High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division*, con objeto de que se declarase que el NHS había vulnerado las normas aplicables en materia de contratación pública y de obtener el resarcimiento correspondiente.

La *High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division*, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

"1) A la luz de los artículos 1 y 2 de la Directiva 89/665 y del principio jurídico comunitario de equivalencia, de la exigencia legal comunitaria de tutela judicial efectiva o del principio de efectividad, y habida cuenta de cualesquiera otros principios pertinentes del Derecho comunitario, (...) ¿el plazo para ejercitar la acción por la que se impugnen la licitación y la adjudicación comienza a correr bien a partir de la fecha en que el licitador haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de que en el procedimiento de contratación pública y en la adjudicación se ha vulnerado la normativa comunitaria en materia de contratación pública, bien a partir de la fecha del incumplimiento de las disposiciones aplicables en materia de contratación pública?

"2) En cualquier caso, ¿cómo debe aplicar entonces un tribunal nacional el requisito de que la acción se ejercite sin demora y la facultad discrecional de ampliación del plazo de caducidad nacional para el ejercicio de la acción?"

Fundamentos de Derecho

Sobre la primera cuestión

Mediante su primera cuestión, se pide que el TJUE dilucide, en esencia, si el artículo 1 de la Directiva 89/665 exige que el plazo para interponer un recurso destinado a que se declare la infracción de las normas de adjudicación de los contratos públicos, o a obtener una indemnización de daños y perjuicios por la infracción de dichas normas, comienza a correr

a partir de la fecha de infracción de las mismas o a partir de la fecha en que el demandante conoció o debiera haber conocido tal infracción.

La Directiva 89/665 tiene por objeto garantizar la existencia de recursos eficaces en caso de infracción del Derecho comunitario en materia de contratos públicos o de las normas nacionales de adaptación a dicho Derecho, con el fin de garantizar la aplicación efectiva de las directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. La citada Directiva no contiene, sin embargo, disposición alguna que se refiera específicamente a los requisitos en materia de plazos en relación con los recursos que pretende establecer. Corresponde, pues, al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro definir dichos requisitos.

El TJUE concluirá que los plazos establecidos para interponer estos recursos no comienzan a correr antes de la fecha en que el demandante tuviera o debiera haber tenido conocimiento de la infracción. La fundamentación es como sigue:

– Señala que: "(...) el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 impone a los Estados miembros la obligación de garantizar que las decisiones ilícitas adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible (véase la sentencia *Universale-Bau* y otros)."

– Razona que: "El candidato o licitador afectado sólo puede formarse una opinión bien fundada sobre la posible existencia de una infracción de las disposiciones aplicables y sobre la oportunidad de interponer un recurso después de ser informado de los motivos por los que ha sido excluido del procedimiento de adjudicación de un contrato. De ello resulta que el objetivo de garantizar la existencia de recursos eficaces contra la infracción de las disposiciones aplicables en materia de adjudicación de contratos públicos, señalado en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, sólo puede alcanzarse si los plazos establecidos para interponer estos recursos no comienzan a correr antes de la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción de dichas disposiciones [véase, en este sentido, la sentencia *Universale-Bau* (TJCE 2002, 369), apartado 78]."

– Confirma la conclusión por el hecho de que: "(...) el artículo 41, apartados 1 y 2, de la Directiva 2004/18, vigente en el momento de los hechos del litigio principal, exige a las entidades adjudicadoras que informen a los candidatos y licitadores excluidos de las razones de la resolución que les afecta. Tales preceptos están en consonancia con un régimen de plazos de caducidad en virtud del cual éstos comienzan a correr a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción de las disposiciones aplicables en materia de adjudicación de contratos públicos."

– Esta misma conclusión se ve reforzada también por "(...) las modificaciones introducidas en la Directiva

89/665 por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, 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, si bien el plazo de adaptación del Derecho interno a esta Directiva concluyó después de producirse los hechos del litigio principal. En efecto, el artículo 2 *quater* de la Directiva 89/665, introducido por la Directiva 2007/66, establece que la decisión de la entidad adjudicadora se comunicará a cada licitador o candidato, acompañada de la exposición resumida de las razones pertinentes, y que los plazos para interponer recurso sólo expiran tras un cierto número de días posteriores a esta comunicación.”

Por lo tanto, el TJUE responde a la primera cuestión en el sentido de que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 exige que el plazo para interponer un recurso destinado a que se declare la infracción de las normas de adjudicación de los contratos públicos, o a obtener una indemnización de daños y perjuicios por la infracción de estas normas, comience a correr en la fecha en que el demandante haya tenido o debiera haber tenido conocimiento de tal infracción.

Sobre la segunda cuestión

La segunda cuestión consta de dos partes.

– La primera se refiere a la interpretación de la Directiva 89/665 en relación con la exigencia, impuesta por la normativa nacional, de que el recurso debe interponerse sin demora.

– La segunda, de mayor interés para cualquier operador jurídico comunitario, tiene por objeto los efectos que se derivan de esta Directiva respecto a la facultad discrecional reconocida a los tribunales nacionales para prorrogar los plazos del recurso.

Sobre la primera parte de la segunda cuestión

El TJUE, una vez reiterada su doctrina sobre la interpretación del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665, que impone a los estados miembros la obligación de garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible, concluirá “que es contrario a la Directiva un precepto nacional, como el controvertido en el litigio principal, que permita a un tribunal nacional inadmitir por caducidad un recurso” destinado a que se declare la infracción de las normas de adjudicación de los contratos públicos o a obtener una indemnización de daños y perjuicios por la infracción de estas normas, “(...) en virtud de la aplicación del criterio, valorado de forma discrecional, de que tales recursos deben interponerse sin demora.”

Entre los argumentos utilizados destaca el relativo a que “(...) el objetivo de celeridad perseguido por la Directiva 89/665 no permite a los Estados miembros prescindir

del principio de efectividad, de acuerdo con el cual las normas de aplicación de los plazos de caducidad nacionales no deben hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos de los interesados al amparo del Derecho comunitario, principio que subyace al objetivo de eficacia del recurso, expresado en el artículo 1, apartado 1, de dicha Directiva.” Argumento que se refuerza con el criterio del abogado general, cuando señala en sus conclusiones que “(...) no puede preverse el tiempo disponible de un plazo de caducidad cuya duración se deja a la libre discreción del tribunal competente. Por ello, un precepto nacional que establece tal plazo no garantiza la adaptación efectiva del Derecho interno a lo dispuesto en la Directiva 89/665.”

Sobre la segunda parte de la segunda cuestión

En la segunda parte de la segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, qué efectos se derivan de la Directiva 89/665 respecto a la facultad discrecional reconocida al Tribunal nacional para prorrogar los plazos del recurso.

El TJUE señala que “(...) Con el fin de satisfacer las exigencias contenidas en la respuesta a la primera cuestión, el órgano jurisdiccional que conoce del asunto debe, en la mayor medida posible, interpretar las disposiciones nacionales sobre el plazo para interponer recurso de forma que se garantice que este plazo sólo empieza a correr a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la infracción de las normas aplicables a la adjudicación del contrato público en cuestión.”

Añade que en el caso de que las disposiciones nacionales de que se trata no permitieran tal interpretación: “(...) ese órgano jurisdiccional deberá, haciendo uso de sus facultades discrecionales, prorrogar el plazo para interponer recurso de manera que se garantice al demandante un plazo equivalente a aquel de que habría dispuesto si el plazo establecido por la normativa nacional hubiera empezado a correr a partir de la fecha en que tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la infracción de las normas de adjudicación de los contratos públicos.”

Para establecer finalmente una última consideración: “(...) Si las disposiciones nacionales referentes a los plazos para interponer recurso no pudieran interpretarse de conformidad con la Directiva 89/665, el órgano jurisdiccional nacional deberá abstenerse de aplicarlas, con objeto de aplicar íntegramente el Derecho comunitario y tutelar los derechos que éste concede a los particulares [véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Santex (TJCE 2003, 50), apartado 64, y Lämmerzahl (TJCE 2007, 266), apartado 63].”

El TJUE declara los tres extremos que hemos reproducido como doctrina en el apartado correspondiente a la ficha de esta sentencia.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Vulnera el principio de equivalencia la regla de un Estado miembro en virtud de la cual una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una infracción del Derecho de la Unión por una Ley nacional declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia (Recurso de incumplimiento), solo puede estimarse si el demandante ha agotado previamente todas las vías de recurso internas dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado sobre la base de dicha Ley, mientras que tal regla no es de aplicación a una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado fundamentada en la infracción de la Constitución por la misma Ley declarada por el órgano jurisdiccional competente (Tribunal Constitucional español)

Órgano: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Gran Sala. Cuestión prejudicial. Asunto C-118/08. Caso Transportes Urbanos y Servicios Generales, S.A.L. contra Administración del Estado española

Fecha: Sentencia de 26 de enero de 2010

Disposiciones analizadas: Principio de equivalencia

Doctrina: Vulnera el principio de equivalencia la regla de un Estado miembro en virtud de la cual una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una infracción del Derecho de la Unión por una Ley nacional declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia (Recurso de incumplimiento), solo puede estimarse si el demandante ha agotado previamente todas las vías de recurso internas dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado sobre la base de dicha Ley, mientras que tal regla no es de aplicación a una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado fundamentada en la infracción de la Constitución por la misma Ley declarada por el órgano jurisdiccional competente (Tribunal Constitucional español)

Supuesto de hecho

Mediante sentencia de 6 de octubre de 2005, Comisión/España, el Tribunal de Justicia declaró que la limitación del carácter deducible del IVA establecida por la Ley 37/1992 era incompatible con los artículos 17, apartados 2 y 5, y 19 de la Sexta Directiva.

Transportes Urbanos, compañía mercantil que había presentado autoliquidaciones por los ejercicios 1999 y 2000 con arreglo a la Ley 37/1992, no ejerció su derecho a solicitar la rectificación de dichas liquidaciones, en virtud de la Ley general tributaria 58/2003. Tal derecho había prescrito en la fecha en la que el Tribunal de Justicia dictó la sentencia Comisión/España antes citada.

En consecuencia, Transportes Urbanos interpuso una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado ante el Consejo de Ministros. En dicha reclamación, sostenía que había sufrido un perjuicio valorado en 1.228.366,39 euros, debido a la infracción de la Sexta Directiva cometida por el legislador español, constatada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Comisión/España. Dicho importe corresponde a los pagos del IVA indebidamente percibidos por la Administración tributaria española durante los mencionados ejercicios y a las devoluciones a las que podría haber tenido derecho en relación con los mismos ejercicios.

Mediante Resolución de 12 de enero de 2007, el Consejo de Ministros desestimó la reclamación de Transportes Urbanos, al considerar que la omisión por parte de esta de solicitar la rectificación de las mencionadas autoliquidaciones en el plazo previsto a tal efecto había roto la relación de causalidad directa entre la infracción del Derecho de la Unión reprochada al Estado español y el daño supuestamente sufrido por dicha sociedad.

Esta resolución desestimatoria del Consejo de Ministros se basó, en particular, en dos sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2004 y de 24 de mayo de 2005 (en lo sucesivo, "jurisprudencia controvertida"), según las cuales las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del Derecho de la Unión están sometidas a una regla de agotamiento previo de las vías de recurso, administrativas y judiciales, contra el acto administrativo lesivo adoptado en ejecución de una Ley nacional contraria a dicho Derecho.

El 6 de junio de 2007, Transportes Urbanos interpuso un recurso contra dicha resolución desestimatoria del Consejo de Ministros ante el Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial siguiente:

"¿Resulta contrario a los principios de equivalencia y efectividad la aplicación de distinta doctrina hecha por el Tribunal Supremo del Reino de España en [la jurisprudencia controvertida] a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado legislador cuando se funden en actos administrativos dictados en aplicación de una Ley declarada inconstitucional, de aquellos que se funden en aplicaciones de una norma declarada contraria al Derecho [de la Unión]?".

Fundamentos de Derecho

Mediante su cuestión, el Tribunal remitente desea saber, en esencia, si el Derecho de la Unión se opone a una regla de un Estado miembro en virtud de la cual las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado basadas en una infracción de dicho Derecho por una Ley nacional están sometidas al requisito del agotamiento previo de las vías de recurso contra el acto administrativo lesivo, mientras que dichas reclamaciones no están sujetas a tal requisito cuando se basan en una infracción de la Constitución por esta misma Ley.

Observaciones previas

Para responder a la cuestión, el TJUE recuerda su propia doctrina:

– El principio de la responsabilidad del Estado por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho de la Unión que le son imputables, es inherente al sistema de los tratados en los que esta se funda. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado: “(...) que los particulares perjudicados tienen derecho a indemnización cuando se cumplen tres requisitos: que la norma de Derecho de la Unión violada tenga por objeto conferirles derechos, que la violación de esta norma esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre tal violación y el perjuicio sufrido por los particulares.”

– Desde el momento en que se reúnen estos tres requisitos, “incumbe al Estado” de acuerdo con los principios de equivalencia y de efectividad del Derecho comunitario, en el marco del Derecho nacional en materia de responsabilidad, “(...) reparar las consecuencias del perjuicio causado, entendiéndose que los requisitos establecidos por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no pueden ser menos favorables que los que se aplican a reclamaciones semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) y no pueden articularse de manera que hagan en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (principio de efectividad).”

Sobre el principio de equivalencia

El principio de equivalencia, se explica por el TJUE, de manera sintetizada: “(...), dicho principio exige que el conjunto de normas aplicables a los recursos, incluidos los plazos establecidos, se aplique indistintamente a los recursos basados en la violación del Derecho de la Unión y a aquellos basados en la infracción del Derecho interno”. Lo cual, proyectado sobre el caso concreto, exige determinar si pueden considerarse similares: “(...) la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por Transportes Urbanos, basada en la infracción (de una Ley española) del Derecho de la Unión, y la que dicha sociedad habría podido interponer basándose en una posible infracción de la Constitución (de esa misma Ley española).”

El TJUE advierte que las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por el hecho de que una Ley vulnere el Derecho de la Unión o la Constitución española, “(...) tienen exactamente el mismo objeto, a saber, la indemnización del daño sufrido por la persona lesionada por un acto o una omisión del Estado.”

La primera cuestión clave para aplicar el principio de equivalencia es el hecho destacado por el TJUE siguiente: “(...) Si Transportes Urbanos hubiera podido fundamentar su reclamación de responsabilidad patrimonial en una sentencia del Tribunal Constitucional que declarara la nulidad de la misma Ley por infringir la Constitución, esta reclamación habría sido estimada, con independencia de que

dicha sociedad no hubiera solicitado la rectificación de dichas autoliquidaciones antes de que expiraran los plazos para hacerlo.”

Se desprende por ello, como indica el Tribunal, “(...) que, en el contexto particular que ha dado origen al litigio principal tal como se describe en el auto de remisión, la única diferencia existente entre las dos reclamaciones mencionadas (...) consiste en que las infracciones jurídicas en las que se basan han sido declaradas, en un caso, por el Tribunal de Justicia mediante una sentencia dictada con arreglo al artículo 226 CE y, en otro, por una sentencia del Tribunal Constitucional.”

A ello hay que añadir que, según el TJUE, las dos sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2004 y de 24 de mayo de 2005 (denominadas “jurisprudencia controvertida” por el TJUE), que fundamentaron la resolución desestimatoria del Consejo de Ministros, permiten considerar similares la reclamación de responsabilidad patrimonial por inconstitucionalidad de una Ley declarada por el Tribunal Constitucional y la que se fundamenta en la incompatibilidad de la Ley por infracción del Derecho de la Unión declarada por el TJUE.

De ello deduce el TJUE que: “(...) el principio de equivalencia se opone a la aplicación de una regla como la controvertida en el litigio principal.”

De lo anterior resulta que el TJUE responde a la cuestión planteada del siguiente modo:

“El Derecho de la Unión se opone a la aplicación de una regla de un Estado miembro en virtud de la cual una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una infracción de dicho Derecho por una Ley nacional declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia dictada con arreglo al artículo 226 CE sólo puede estimarse si el demandante ha agotado previamente todas las vías de recurso internas dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado sobre la base de dicha Ley, mientras que tal regla no es de aplicación a una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado fundamentada en la infracción de la Constitución por la misma Ley declarada por el órgano jurisdiccional competente (sentencia del Tribunal Constitucional).”

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El artículo 22, apartado 3, de la Directiva 93/37 debe interpretarse en el sentido de que cuando un contrato se adjudica por el procedimiento negociado con publicidad y el número de candidatos adecuados no alcance el límite mínimo fijado para el procedimiento de que se trata, que no puede ser inferior a tres, la entidad adjudicadora puede, no obstante, continuar con la tramitación del procedimiento, invitando al candidato o candidatos seleccionados a negociar las condiciones del contrato

Órgano: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Cuarta. Cuestión prejudicial. Asunto C-138/08. Caso Hochtief AG y otros contra Közbizottság Tanácsa Közbizottsági Döntőbizottság

Fecha: Sentencia de 15 de octubre de 2009

Disposiciones analizadas: Artículo 22, apartados 2 y 3, de la Directiva 93/37

Doctrina:

1º) La Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, no es aplicable a una decisión adoptada por una entidad adjudicadora, con motivo de la adjudicación de un contrato público de obras, antes de la expiración del plazo señalado para la adaptación del Derecho interno a dicha Directiva.

2º) El artículo 22, apartado 3, de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, en su versión modificada por la Directiva 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997, debe interpretarse en el sentido de que cuando un contrato se adjudica por el procedimiento negociado y el número de candidatos adecuados no alcanza el límite mínimo fijado para el procedimiento de que se trata, la entidad adjudicadora puede, no obstante, continuar con la tramitación del procedimiento, invitando al candidato o candidatos adecuados a negociar las condiciones del contrato.

3º) La Directiva 93/37, en su versión modificada por la Directiva 97/52, debe interpretarse en el sentido de que se cumple la obligación de velar por que la competencia real quede garantizada cuando la entidad adjudicadora utilice el procedimiento negociado en las condiciones recogidas en el artículo 7, apartado 2, de dicha Directiva

Supuesto de hecho

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 22 de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, así como la relación jurídica transitoria entre esta Directiva y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Dicha petición se ha presentado en el marco de un litigio entre Hochtief AG y Linde-Kca-Dresden GmbH, por un lado, y la Közbizottság Tanácsa Közbizottsági Döntőbizottság (Comisión arbitral del Consejo de contratos públicos; en lo sucesivo, "KTKD"), por otro, en relación con un procedimiento negociado de adjudicación de un contrato público con publicación de un anuncio de licitación.

El litigio principal versa sobre un procedimiento negociado de adjudicación de un contrato público de obras por un importe superior al umbral comunitario.

El 5 de febrero de 2005, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea una convocatoria del Budapest Főváros Önkormányzata para la manifestación de interés en el procedimiento de adjudicación del contrato controvertido en el litigio principal. Se fijaron en tres y cinco los límites para la admisión de candidatos a la licitación.

A la expiración del plazo para la presentación de candidaturas, habían manifestado su interés cinco candidatos, entre los que se encontraba el consorcio formado por las recurrentes del litigio principal. Tras analizar las candidaturas presentadas, el Budapest Főváros Önkormányzata decidió no admitir la candidatura de dicho consorcio por "incompatibilidad" y continuar el procedimiento con los dos candidatos que había considerado "adecuados", dirigiéndoles una invitación a licitar.

Las recurrentes del litigio principal presentaron una reclamación ante la KTKD contra la decisión del Budapest Főváros Önkormányzata, alegando, en particular, que, conforme al artículo 130 de la Kbt, cuando el número de candidatos adecuados no alcance el mínimo previsto, debe declararse desierto el procedimiento. La KTKD desestimó la reclamación.

Posteriormente, las recurrentes del litigio principal interpusieron recurso contencioso-administrativo contra la decisión de la KTKD invocando fundamentalmente el artículo 22, apartados 2 y 3, de la Directiva 93/37. Tras desestimar dicho recurso en primera instancia, las recurrentes del litigio principal interpusieron recurso de apelación ante el órgano jurisdiccional remitente.

En este contexto, el Fővárosi Ítéletábla decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

"1) ¿Es aplicable el régimen contenido en el artículo 44, apartado 3, de la Directiva 2004/18 [...], que sustituyó al artículo 22 de la Directiva 93/37 [...], si el inicio del procedimiento de contratación se produjo en un momento en el que la Directiva 2004/18 [...] ya había entrado en vigor, pero aún no había expirado el plazo de adaptación a dicha Directiva conferido a los estados miembros, de forma que esta no había sido incorporada al Derecho interno?

"2) (...)

"3) Si se responde negativamente a la primera cuestión, ¿el requisito de que 'haya un número suficiente de candidatos adecuados' conforme al artículo 22, apartado 3, de la Directiva 93/37 [...] debe interpretarse en el sentido de que, si no se alcanza el número mínimo (tres) de candidatos adecuados invitados a participar, no puede continuar

la tramitación del procedimiento con la invitación para presentar ofertas?

“4) Si el Tribunal de Justicia responde negativamente a la tercera cuestión, [...] ¿el artículo 22, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva [93/37], situado entre las normas relativas a los procedimientos restringidos, conforme al cual ‘en cualquier caso, el número de candidatos admitidos a licitar deberá ser suficiente para garantizar una competencia real’, se aplica a los procedimientos negociados de dos fases que se regulan en el apartado 3?”

Fundamentos de Derecho

Sobre la primera y segunda cuestión

El resultado del razonamiento del TJUE es que “(...) no es aplicable (el régimen contenido en el artículo 44, apartado 3, de la Directiva 2004) a una decisión adoptada por una entidad adjudicadora, con motivo de la adjudicación de un contrato público de obras, antes de la expiración del plazo señalado para la adaptación del Derecho interno a dicha Directiva.”

Habida cuenta de la respuesta dada a la primera cuestión, el TJUE afirma que no procede responder a la segunda.

Sobre la tercera cuestión

Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta esencialmente si el artículo 22, apartado 3, de la Directiva 93/37 debe interpretarse en el sentido de que no puede continuarse la tramitación de un procedimiento negociado de adjudicación de un contrato público, si no concurre el número suficiente de candidatos para que se alcance el límite mínimo de tres candidatos establecido en dicha disposición.

A este respecto, el TJUE recuerda que la Directiva 93/37 incluye, entre sus disposiciones, normas sobre el desarrollo del procedimiento y “(...) por lo que se refiere al desarrollo del procedimiento de adjudicación de un contrato público de obras, el artículo 18 de la Directiva 93/37 prevé al menos dos fases diferentes: por un lado, la eventual exclusión de licitadores o candidatos conforme al artículo 24 de dicha Directiva, así como la verificación de la aptitud de los licitadores o candidatos no excluidos con arreglo a los criterios de capacidad económica, financiera y técnica contemplados en los artículos 26 a 29 de dicha Directiva y establecidos para el procedimiento de que se trate; por otro lado, la adjudicación del contrato sobre la base de los criterios establecidos para dicho procedimiento de entre los previstos en el título IV, capítulo 3, de la misma Directiva, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 19 de ésta.”

El TJUE establece:

“(...) Con arreglo al artículo 22, apartado 3, de la Directiva 93/37, cuando se adjudique un contrato por el procedimiento negociado, el número de candidatos admitidos a negociar no podrá ser menor de tres, siempre que haya un número suficiente de candidatos adecuados.

“(...) debe considerarse que constituye un ‘candidato adecuado’, en el sentido del artículo 22, apartado 3, de la

Directiva 93/37, un contratista que haya solicitado una invitación a participar en el procedimiento de que se trate y que, de entre los que reúnan las cualificaciones requeridas por los artículos 24 a 29 de dicha Directiva, cumpla los requisitos de carácter económico y técnico fijados para tal procedimiento.

“(...) conforme al artículo 22, apartado 1, de la Directiva 93/37, en los procedimientos negociados, las entidades adjudicadoras, basándose en datos sobre la situación personal del empresario, así como en los datos y formalidades necesarios para la evaluación de las condiciones de carácter económico y técnico que éste debe reunir, seleccionan a los candidatos a los que invitarán a negociar entre aquellos que reúnan las cualificaciones exigidas en los artículos 24 a 29.”

Se deriva de lo anterior que el artículo 22, apartado 3, de la Directiva 93/37 debe interpretarse en el sentido de “(...) cuando un contrato se adjudica por el procedimiento negociado y el número de candidatos adecuados no alcance el límite mínimo fijado para el procedimiento de que se trata, que no puede ser inferior a tres, la entidad adjudicadora puede, no obstante, continuar con la tramitación del procedimiento invitando al candidato o candidatos seleccionados a negociar las condiciones del contrato.”

Sobre la cuarta cuestión

Mediante su cuarta cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 22, apartado 2, párrafo segundo (que se refiere exclusivamente a los contratos adjudicados mediante procedimiento restringido), de la Directiva 93/37, es aplicable al procedimiento negociado de adjudicación de los contratos públicos de obras.

Para el TJUE “(...) si bien el artículo 22, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 93/37 dispone que, cuando las entidades adjudicadoras adjudiquen un contrato por el procedimiento restringido, el número de candidatos admitidos a licitar deberá ser, en cualquier caso, suficiente para garantizar una competencia real, dicha disposición no hace sino mencionar expresamente uno de los objetivos generales de dicha Directiva.”

Por ello, “(...) aun cuando la Directiva 93/37 no contenga una disposición análoga a la prevista en su artículo 22, apartado 2, párrafo segundo, por lo que respecta a los procedimientos negociados, la entidad adjudicadora que utiliza estos procedimientos en los casos contemplados por el artículo 7, apartado 2, de dicha Directiva debe, no obstante, velar por que la competencia real quede garantizada.”

El TJUE concluye que: “(...) si en dicho procedimiento el número de candidatos adecuados no alcanza el límite mínimo fijado para el procedimiento en cuestión, que, con arreglo a la Directiva 93/37, no puede ser inferior a tres, habrá de reconocerse que, siempre que se hayan establecido y aplicado correctamente los requisitos económicos y técnicos apropiados para dicho procedimiento, la entidad adjudicadora ha garantizado la competencia real.”

El TJUE declara los tres extremos que hemos reproducido como doctrina en el apartado correspondiente a la ficha de esta sentencia.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. No constituye vulneración del artículo 86.1 TCE la adjudicación directa de un servicio público que exija la realización previa de ciertas obras a una sociedad de capital mixto, público y privado, especialmente creada para prestar dicho servicio y con este único objeto social, y en la que el socio privado sea seleccionado mediante licitación pública, previa verificación de los requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión relativos al servicio que deba prestarse y de las características de la oferta en cuanto a las prestaciones que deban realizarse, a condición de que dicho procedimiento de licitación respete los principios de libre competencia, de transparencia y de igualdad de trato impuestos por el Tratado en materia de concesiones

Órgano: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Tercera. Cuestión prejudicial. Asunto C-196/08. Caso Acoset SpA contra Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATOP Idrico Ragusa y otros

Fecha: Sentencia de 15 de octubre de 2009

Doctrina: No constituye vulneración del artículo 86.1 TCE la adjudicación directa de un servicio público que exija la realización previa de ciertas obras a una sociedad de capital mixto, público y privado, especialmente creada para prestar dicho servicio y con este único objeto social, y en la que el socio privado sea seleccionado mediante licitación pública, previa verificación de los requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión relativos al servicio que deba prestarse y de las características de la oferta en cuanto a las prestaciones que deban realizarse, a condición de que dicho procedimiento de licitación respete los principios de libre competencia, de transparencia y de igualdad de trato impuestos por el Tratado en materia de concesiones

Supuesto de hecho

La *Provincia Regionale di Ragusa* y ciertos ayuntamientos de la zona celebraron un convenio de cooperación para la constitución del *Ambito Territoriale Ottimale idrico di Ragusa* (Ámbito Territorial Óptimo de aguas de Ragusa; en lo sucesivo, "ATO"), autoridad local responsable del servicio integrado de aguas de Ragusa. La *Conferenza*, órgano directivo del ATO, eligió como fórmula de gestión del mencionado servicio la sociedad de economía mixta de capital público mayoritario.

La *Conferenza* publicó, en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 8 de octubre de 2005 y en otros medios de comunicación, un anuncio de licitación para seleccionar como accionista privado minoritario a una empresa, a la que se encomendaría la explotación del servicio integrado de aguas y la ejecución de las obras conexas a la gestión en exclusiva.

Entre las empresas que participaron en el procedimiento de licitación solo Acoset mantuvo el interés en participar en la sociedad de economía mixta.

La *Conferenza*, en vez de darse por informada de la adjudicación y proceder a constituir la sociedad mixta de gestión para poner en marcha la explotación del servicio y recibir financiación comunitaria, decidió iniciar gestiones para anular el procedimiento de selección de Acoset, temiendo que fuera contrario al Derecho comunitario. Finalmente anuló el

procedimiento de licitación, y adoptó el consorcio como fórmula de gestión de servicio integrado de aguas de Ragusa.

Una vez se notificó a Acoset la anulación del procedimiento de licitación, esta entabló los recursos legalmente pertinentes contra la anulación, por entender que resulta compatible con el Derecho comunitario la adjudicación directa de la gestión de servicios públicos locales a sociedades de economía mixta en las que se elija al socio privado a través de procedimientos de licitación pública que respeten las normas comunitarias en materia de competencia.

Las partes demandadas consideran, en cambio, que el Derecho comunitario solo permite la adjudicación directa y sin licitación de obras y servicios a las sociedades de capital enteramente público, que realicen lo esencial de su actividad con el ente o los entes públicos que las controlan y sobre las cuales dichos entes ejerzan un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios. A su juicio, la participación, incluso minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que también participe la entidad adjudicadora de que se trate, excluye, en cualquier caso, que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre la sociedad en cuestión un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

El *Tribunale amministrativo regionale della Sicilia*, que conoce del asunto, estima pertinente la cuestión de la compatibilidad con el Derecho comunitario de la adjudicación directa del contrato de que se trata, que fue planteada por Acoset, y considera que la respuesta a esta cuestión no puede deducirse claramente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Por consiguiente, decidió suspender el procedimiento relativo a la solicitud de suspensión de la ejecución formulada en el asunto principal y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

"¿Es compatible con el Derecho comunitario, en particular con las obligaciones de transparencia y de libre competencia recogidas en los artículos 43, 49 y 86 del Tratado, un modelo de sociedad de economía mixta, creada únicamente para la prestación de un servicio público de naturaleza industrial y con objeto social exclusivo, que sea adjudicataria directa del servicio de que se trata y en la que el socio privado, de carácter 'industrial' y 'operativo', sea seleccionado mediante un procedimiento de licitación pública, previa verificación tanto de los requisitos financieros y técnicos como de los requisitos propiamente

operativos y de gestión relativos al servicio que debe proporcionarse y a las prestaciones específicas que han de ejecutarse?”

Fundamentos de Derecho

El TJUE se plantea con carácter preliminar que la adjudicación de un servicio público local de gestión integrada de aguas, como el que se examina en el litigio principal, “(...) podría considerarse incluida, según las características específicas de la contrapartida de dicho servicio, en la definición de los ‘contratos públicos de servicios’ o en la de la ‘concesión de servicios’, (...) La cuestión de si una operación debe calificarse o no de ‘concesión de servicios’ o de ‘contrato público de servicios’ ha de apreciarse exclusivamente a la luz del Derecho comunitario (...) La diferencia entre un contrato de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación del servicio (...) En un ‘contrato público de servicios’ (...), la contrapartida es pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador del servicio (...). Existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho a explotar el servicio y el prestador del servicio asume el riesgo vinculado a la explotación del servicio de que se trate.”

Por otra parte, según indica el TJUE “(...) consta que la ejecución de las obras conexas a la gestión en exclusiva del servicio integrado de aguas del que se trata en el litigio principal tiene carácter accesorio respecto del objeto principal de la concesión en cuestión, que es la prestación de dicho servicio, por lo que dicha concesión no puede calificarse de ‘concesión de obras públicas’.”

El Tribunal de Justicia, por todo ello, parte del supuesto de que se trata de una concesión de servicios y recuerda que:

“Pese a que los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas 2004/18 y 2004/17, 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.”

El TJUE concluye que:

“Aunque la inexistencia de licitación en la adjudicación de la gestión de unos servicios resulta incompatible con los artículos 43 CE y 49 CE y con los principios de igualdad de trato y de no discriminación, es posible resolver este problema si se selecciona al socio privado exigiendo a los candidatos que demuestren, no sólo su capacidad para convertirse en accionistas, sino ante todo su capacidad técnica para prestar el servicio y las ventajas económicas y de otro tipo que conlleva su oferta.

“En la medida en que los criterios de selección del socio privado no se basen únicamente en el capital que aporta, sino también en su capacidad técnica y en las características de su oferta en cuanto a las prestaciones específicas que debe realizar, y en la medida en que se encomiende a dicho socio, como ocurre en el litigio principal, la explotación del

servicio de que se trate y, por lo tanto, la gestión del mismo, cabe considerar que la selección del concesionario es un resultado indirecto de la selección del socio privado, decidida al término de un procedimiento respetuoso con los principios del Derecho comunitario, de modo que carecería de justificación un segundo procedimiento de licitación para seleccionar al concesionario.

“En tal situación, si se recurriera a un doble procedimiento, primero para seleccionar al socio privado de la sociedad de capital mixto y luego para adjudicar la concesión a dicha sociedad, ello podría disuadir a las entidades privadas y a las autoridades públicas de establecer colaboraciones público-privadas institucionalizadas –como la que se examina en el litigio principal– a causa de la dilación inherente a la aplicación de dichos procedimientos y de la incertidumbre jurídica que existiría en cuanto a la adjudicación de la concesión al socio privado previamente seleccionado.

“Es necesario precisar que una sociedad de capital mixto, público y privado, como la que se contempla en el litigio principal, debe conservar el mismo objeto social todo el tiempo que dure la concesión, y que toda modificación sustancial del contrato obligaría a proceder a una licitación.”

En virtud de todo lo expuesto, el TJUE declara que:

“Los artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE no se oponen a que se adjudique directamente un servicio público que exija la realización previa de ciertas obras –como el que se examina en el litigio principal– a una sociedad de capital mixto, público y privado, especialmente creada para prestar dicho servicio y con este único objeto social, y en la que el socio privado sea seleccionado mediante licitación pública, previa verificación de los requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión relativos al servicio que deba prestarse y de las características de la oferta en cuanto a las prestaciones que deban realizarse, a condición de que dicho procedimiento de licitación respete los principios de libre competencia, de transparencia y de igualdad de trato impuestos por el Tratado en materia de concesiones.”