

O CONTROL DOS ACTOS DE PREPARACIÓN E ADXUDICACIÓN DOS CONTRATOS PÚBLICOS

Carlos I. Aymerich Cano

Profesor titular de dereito administrativo
Universidade da Coruña

1. A recepción das directivas comunitarias e a nova ordenación da preparación e da adxudicación dos contratos das administracións públicas

Segundo manifesta a exposición de motivos do TRLCAP, a nova regulación da contratación pública responde á necesidade de traspasar unha normativa comunitaria que, mesmo non integrada oficialmente, era directamente eficaz no ordenamento español. Mais tamén, segundo recolle o referido texto, a nova lei pretendía enmarcarse nunha liña continuísta respecto da LCE e, finalmente, ou ao menos esa foi unha das súas cartas de presentación perante a opinión pública, a LCAP quería ser un instrumento eficaz de loita contra a corrupción que, certamente, ten na contratación pública un dos seus terreos máis propicios.

Tal acumulación de tarefas non podía senón traducirse en conflito. Conflito, en particular, entre a noción xurídica de concorrencia propia da lexislación de contratos do Estado e a economicista que informa o dereito comunitario. Conflito que o lexislador español apenas quixo ver na

súa manifestación máis estreita e negativa¹, resolvéndoo, polo demais, por medio do alegre abandono dun instrumento importantísimo de conformación económica e social.

Porque, en efecto, a transposición foi completa. E, á marxe dalgúns redutos², a recepción do concepto comunitario de concorrencia como mera igualdade formal entre os licitadores consumouse totalmente. Organízase un novo sistema de selección de candidatos e ofertas, caracterizado pola volta a un certo automatismo e á drástica redución da discrecionalidade. Verifícase o que xa noutra ocasión denominei «corremento» dos procedementos e formas de contratación³, cara a unha maior obxectivización: o concurso aproxímase á poxa, a contratación negociada faino ao concurso e para ocupar o oco resultante da desaparición da contratación directa aparecen os contratos menores, resultado da elevación á categoría xeral dos fornecementos menores da LCE.

Polo que respecta á selección dos candidatos ou licitadores, o cambio é igualmente importante⁴. Introdúcese unha regulación de mínimos, de carácter obxectivo, restrinxindo á discrecionalidade dos órganos de contratación a previsión de criterios novos á marxe dos expresamente dis-

¹ A que responde á problemática xeralmente coñecida como «fuxida do dereito público». Con efecto, o gran debate durante a tramitación parlamentaria da lei xirou arredor da determinación do seu ámbito de aplicación subxectiva, determinación que, segundo se verá, non respondía inicialmente ás exixencias decorrentes das directivas (sobre esta cuestión vid., entre outros moitos traballos, os de SAÍNZ MORENO, «Los temas objeto de debate en la nueva Ley», páx. 68 e ss. e GARCÍA DE ENTERRÍA, «Ámbito de aplicación de la Ley», páx. 107 e ss., ambos incluídos no *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, GÓMEZ-FERRER MORANT, coord., Civitas, Madrid, 1996 e o máis recente *El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, NOGUERA DE LA MUELA, Atelier, Barcelona, 2001). Só obrigado por dúas rotundas condenas do Tribunal de Xustiza da Unión Europea – sentenzas do 15 de maio e do 16 de outubro de 2003 – o lexislador español introduciu, a través da Lei 62/2003, de medidas fiscais, administrativas e da orde social, diversas modificacións no texto no RD-Lex. 2/2000, do 16 de xuño, polo que se aproba o texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas (en diante, TRLCAP). Tampouco se acometeu a transposición completa da Dir. 89/665/CEE (recursos), no entendemento –errado– de que as normas procesuais e procedementais vixentes xa satisfacían as súas exixencias (cfr., exposición de motivos, alínea 1.2, parágrafo 4º).

² Como o réxime preferencial previsto en favor das empresas que teñan unha determinada porcentaxe de traballadores minusválidos (DA 8ª).

³ Cfr. «Acerca da adxudicación e formalización dos contratos das Administracións Públicas (e unha nota sobre a natureza xurídica dos pregos contractuais)», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 2/1998, páx. 140.

⁴ Ao punto de que o cambio de formulación á que en 1984 fixera referencia ARIÑO ORTIZ e, segundo o cal, «máis que a oferta interesa agora o oferente» (cfr., *La reforma de la Ley de Contratos del Estado*, Unión Editorial, Madrid, 1984, páx. 60) resultou, á súa vez, tamén subvertido. De novo, o que interesa é a oferta económica, aínda que este concepto non se deba reducir exclusivamente ao prezo.

postos na lei que, outra vez máis, non fai senón traspasar as directivas europeas de contratación.

É certo que, nun contexto xeral de cuestionamento da discrecionalidade administrativa e de ensaio de instrumentos cada vez máis incisivos de control, a xurisprudencia adiantara xa, dalgunha maneira, esta obxectivización das formas de adxudicación, principalmente a través da promoción do prezo ao rango de criterio principal de asignación nos concursos⁵ e mesmo na contratación directa⁶. Mais só a LCAP confirma

⁵ Fronte á xurisprudencia tradicional –representada de forma clara pola STS do 12 de novembro de 1982 (Sala 3ª, relator Roldán Martínez, Ar. 6983), para a cal «O concurso, como forma de contratación administrativa, implica, pola súa mesma natureza, unha maior flexibilidade para a selección do contratista, a diferenza do automatismo da poxa, cuxa obxectividade é total. En consecuencia, o art. 36 LCE ofrece un abano de solucións alternativas, en función da conveniencia ou, máis ben idoneidade, das ofertas respecto do obxecto obrigacional. A mesa pode, pois, aceptar a proposición máis vantaxosa ao seu entender, desde o punto de vista técnico ou calquera outro (estético, p.ex.), facer a adxudicación ao mellor postor (conveniencia económica) e mesmo declarar deserta a convocatoria», de xeito que «resulta indiferente no caso actual que o concursante propuxera o prezo máis baixo, circunstancia esta non determinante no procedemento utilizado. O custo é ademais un dos factores a sopesar na adxudicación, que puido facerse e fíxose á empresa, cuxa proposición resulta máis acorde coas exixencias do prego de condicións. En definitiva, carecen de trascendencia en tal aspecto as supostas inexactitudes no razoamento ou motivación do acto administrativo se lembra, outra vez, que malia que o concursante rexeitado cumpría tamén todas as condicións do prego e fora o mellor postor, o órgano encargado de ponderar as ofertas, tiña unha marxe de liberdade para apreciar as circunstancias propias de cada concorrente. Esta discrecionalidade limitada utilizouse neste caso cun fundamento razoábel, pois as características técnicas dos equipos ofrecidas eran semellantes mais non idénticas e, por iso, o prezo non tiña, necesariamente, unha influencia decisiva nesta modalidade contractual» outra liña xurisprudencial tende a sobrevalorar o prezo, dándolle unha eficacia xustificativa da adxudicación superior á dos demais criterios de adxudicación do contrato. Así, por exemplo, a STS do 11 de xuño de 1991 (Sala 3ª, secc. 5ª, relator Delgado Barrio, Ar. 4874) a cal, mesmo admitindo que na resolución do concurso se deban ter en conta outros elementos alén dos estritamente económicos (art. 15 RCCL), considera tamén claro que «...cando estes outros datos se producen en termos de igualdade, os principios de boa administración imponen unha decisión baseada en criterios económicos: en igualdade de «alto grao de capacitación» para realizar unha obra, a racionalidade dos principios de boa administración exige a selección da mellor oferta económica, ao menos cando non se invoca ningunha razón para separarse desa solución. Non enténdelo así supón unha violación do principio de interdicción da arbitrariedade dos poderes públicos» (FX 4º). No fundamento 6º desta mesma sentenza, en aplicación da teoría dos conceptos xurídicos indeterminados, xustifícase a adxudicación do concurso ao mellor postor. Ao interpretar a exixencia de que a adxudicación teña que facerse nos concursos a favor da oferta «máis vantaxosa», estima o tribunal que este é «un concepto xurídico indeterminado que, en canto tal, o que exclúe é a figura da discrecionalidade, caracterizada pola viabilidade de solucións diferentes», para concluír que, no caso axuzado, a oferta máis vantaxosa situábase claramente na zona de certeza positiva.

⁶ Cfr., Ss.TS do 11 de xullo de 1986, Ar. 5064; 22 de xullo de 1989, Ar. 6074; STSX do País Vasco do 25 de novembro de 1996.

a tendencia e lévaa ata as súas últimas consecuencias forzando viraxes radicais na xurisprudencia aplicativa da LCE⁷.

A recepción do dereito comunitario da contratación pública provocou, pois, unha clarificación do sistema español de preparación e adxudicación dos contratos das administracións públicas, nomeadamente naquilo que atinxe á neta diferenciación entre os criterios de exclusión e os de selección dos candidatos –prohibicións para contratar e requisitos de capacidade e solvencia exixidos–, aos criterios de adxudicación do contrato- relativos agora en exclusiva á oferta, ao obxecto contractual –e, finalmente, as denominadas condicións contractuais que, sen operar como criterios de adxudicación, se lle impoñen ao adxudicatario e poden, no caso de seren incumpridas por este, fundamentar unha eventual resolución do vínculo contractual⁸.

⁷ A respecto, por exemplo, da posibilidade de se lles aplicar a presunción de temeridade tamén aos concursos e á contratación negociada.

⁸ Como indica MICHEL con carácter xeral, parafraseando a sentenza «*Beentjes*» do 20 de setembro de 1988, para o tribunal de Luxemburgo, «a verificación da aptitude dos empresarios para executaren as obras e a adxudicación do contrato, son dúas operacións diferentes no marco da asignación dun contrato público» (cfr., «La jurisprudence de la Cour de Justice sur les marchés publics: instrumente essentiel de leur ouverture á la concurrence», en *RMUE* n° 3/1994, páx. 164). Sirva como mostra desta neta distinción entre criterios de admisión de licitadores e criterios de adxudicación do contrato os informes da XCCA 11/98, do 30 de xuño e 29/98, do 11 de novembro. No primeiro, négase a posibilidade de que un criterio como o da experiencia poida ser empregado para a adxudicación dun contrato por concurso para os efectos do art. 86 TRLCAP, por tratarse dun medio xustificativo da solvencia das empresas e «a Dir. 93/36/CEE considera fases distintas e establece requisitos tamén distintos para a selección de fornecedores e a adxudicación do contrato, mencionando para a primeira fase, entre outros, o requisito de experiencia ou relación das principais entregas efectuadas nos tres últimos anos e, para a segunda fase, unha serie de criterios obxectivos que, mesmo non enumerados a título exemplificativo, nada teñen que ver coa experiencia, precisamente por vir este requisito incorporado á fase de selección de contratistas». No segundo négase tamén, claramente, a posibilidade de que a experiencia na realización de obras análogas poida ser incluído como criterio de adxudicación nun concurso, posto que «a experienciaé un requisito que pode xustificar a solvencia do empresario na fase de verificación da súa aptitude, mais non se pode utilizar como criterio de adxudicación do concurso incluído entre os enumerados no art. 87 da LCAP». No mesmo sentido o punto 33 da STXUE do 16 de outubro de 2003 (As. SIEPSA), no que se reflicte claramente esta distinción, nin sempre ben aplicada na práctica contractual da Administración española, entre os criterios subxectivos –xustificativos da solvencia e da capacidade técnica do contratista– e os obxectivos, relativos á oferta, de adxudicación do contrato: «A comisión sinala a seguir que entre os oito criterios de adxudicación do contrato encóntranse “o equipo técnico adscrito permanentemente a pé de obra” e o “graou de cumprimento dos contratos adxudicados por SIEPSA”. A este respecto, destaca que ambos os criterios figuran no artigo 27 da Directiva 93/37 entre os elementos que poden xustificar a capacidade técnica do contratista e contribúen á súa selección, mais que, pola contra, non poden servir para determinar a mellor oferta, xa que os criterios de adxudicación que enxerga o artigo 30 da directiva apenas se poden

Esta clareza conceptual obedece á ordenación que do procedemento de contratación realizan as directivas europeas, que aumenta a transparencia do proceso ao delimitar en qué momento poden ser valoradas as diferentes exixencias a que o órgano de contratación atende ao seleccionar os candidatos e adxudicar un contrato. Mais tamén, desde o punto de vista da concorrencia, para impedir que dentro de cada un deses mencionados momentos «valorativos» as decisións se baseen en criterios ou condicións diferentes das expresadas nas directivas. O dereito comunitario ordena as diversas fases do procedemento de contratación cun marcado carácter preclusivo.

2. A integración da directiva 89/665/CEE no ordenamento español

Consciente a comisión de que unha parte importante do fracaso na aplicación das directivas de contratación nos anos setenta e oitenta obedeceu á inexistencia de vías eficaces de recurso fronte ás infraccións cometidas polas entidades adxudicadoras, propúxose o establecemento dun sistema de recursos harmonizado a nivel comunitario que garantise, de forma efectiva, o cumprimento da normativa material contida nas outras directivas. Aprobouse así a Directiva 89/665/CEE, cuxos trazos máis relevantes son os seguintes:

■ **Recoñecemento dunha ampla lexitimación para recorrer:** de conformidade co establecido no art. 1.3 da directiva «recursos», estes deben ser accesíbeis a «calquera persoa que estea ou teña estado interesada en obter un determinado contrato de subministración pública ou de obras públicas e que teña sido ou poida estar prexudicada por unha presunta infracción».

■ **Recursos ante instancias internas:** os estados membros obríganse a establecer un sistema interno de recursos, que permitan revisar rápida (*en tempo real*, para evitar os feitos consumados) e eficazmente as decisións das autoridades contratantes que infrinxan as normas sobre contratación. A directiva outórgalles ás instancias internas competentes –administrativas e/ou xudiciais– amplas potestades: adoptar medidas provisionais para corrixir a presunta violación, mesmo ata a suspensión da adxudicación ou execución de calquera decisión do poder adxudicador; anulación das decisións ilegais e recoñecemento dunha indemnización

referir á prestación concreta de que se trata. A comisión conclúe que a inclusión de ambos os criterios citados entre os de adxudicación do contrato é contraria ás disposicións dos artigos 18, 27 e 30, alínea 1, da directiva 93/37».

ou compensación afectadas pola infracción; e garante que, en calquera caso, as decisións adoptadas deben poder ser obxecto de recurso ante instancias xurisdiccionais ou que, ex art. 284 TUE, poidan ser consideradas como tales para os efectos do dereito comunitario.

■ **Un sistema efectivo de medidas preventivas**, «para corrir a infracción ou para impedir que se causen outros prexuízos aos intereses afectados», medidas que poden consistir tanto na suspensión da execución de calquera decisión adoptada polos poderes adxudicadores como en calquera outra medida preventiva. A Directiva 89/665/CEE non impón que os procedementos de recurso teñan carácter suspensivo automático da decisión impugnada e prevé que a adopción destas medidas provisórias se realice despois de ponderar os diferentes intereses en xogo, incluído, loxicamente, o interese público e as consecuencias, negativas e positivas, que para estes se poidan derivar da súa adopción. Debe repararse en que a directiva «recursos» establece que estas medidas preventivas deben poder adoptarse con independencia da interposición dun recurso sobre o fondo que vise a anulación das decisións ou resolucións que se estiman ilegais.

■ **Recursos no ámbito comunitario**: posibilidade de denunciar ante a comisión, antes da adxudicación do contrato, calquera violación clara e manifesta da normativa europea na materia. Loxicamente, e así o recoñece a propia comisión, esta non dispón dos recursos nin da información necesaria para detectar e resolver cada un dos casos de infracción nas normas comunitarias en todo o territorio da UE; e, por outro lado, a resolución do procedemento de infracción previsto no tratado, en especial cando é preciso acudir ao Tribunal de Xustiza, pode demorar ata tres anos. É evidente que procedementos tan prolongados, no ámbito da contratación pública, distan de ser eficaces e, por iso, a grande maioría dos conflitos provocados pola preparación e adxudicación dos contratos públicos deben ser resoltos no ámbito interno de cada un dos estados membros⁹.

En que medida traspón a lexislación contractual española o disposto nesta directiva? Pois, fronte ao que acontece noutros ordenamentos xurídicos –caso do francés ou do portugués, que logo serán sumariamente estudados–, o lexislador español viña considerando que os obxectivos procurados pola directiva «recursos» xa se podían acadar satisfactoriamente a través da normativa existente en materia de recursos administrativos e xurisdiccionais (LPAC e LXCA). Mais esta era unha afirmación insistente-

⁹ Cfr., o Libro verde da comisión *A Contratação Pública na União Europeia*, 1996, páx. 18 e ss.

mente negada pola práctica administrativa e xudicial, xa que, malia os evidentes progresos experimentados pola revisión xurisdiccional da actuación administrativa contractual, aínda existen límites que este control non dá superado, máxime se se repara en que, tal e como o TXUE lembra en diferentes ocasións, «a declaración posterior dun incumprimento... con frecuencia após a execución do contrato, non poderá eliminar o prexuízo sufrido polo ordenamento xurídico comunitario e por todos os licitadores excluídos ou privados da posibilidade de licitar»¹⁰.

Como progreso, os tribunais contencioso-administrativos revisan a selección realizada polos órganos de contratación e condenou a Administración a indemnizar ao contratista indebidamente postergado¹¹, mesmo aínda que, en supostos moi contados, chegase a substituír á Administración, indicando o tribunal quen debeu ser o adxudicatario do concurso ao existir no proceso –por apareceren nos pregos contractuais motivos de preferencia– base probatoria suficiente.

Canto á lexitimación, *a priori*, e debido á eficacia directa do art. 24.1 CE, o ordenamento español semella concordar co exixido pola Directiva 89/665/CEE.

Mais, como consecuencia da doutrina aínda mantida pola xurisprudencia de que a participación nun concurso supón a aceptación das súas cláusulas, as facultades xudiciais de control resultan practicamente impedidas cando a infracción decorre directamente dunha cláusula recollida nos pregos contractuais.

Tampouco a técnica da suspensión preventiva da eficacia dos actos administrativos –fundamental en materia de adxudicación de contratos públicos– se ten mostrado, na aplicación que dela fan os tribunais contencioso-administrativos, como satisfactoria: a suspensión dunha licitación ou da execución dun contrato xa adxudicado dana normalmente o interese público, de xeito que na inmensa maioría dos casos a suspensión é denegada, sobre todo se reparamos en que as salas consideran que os prexuízos derivados son sempre indemnizábeis. A vixente LXCA non responde á necesidade –imperada polo dereito comunitario– dun proceso preventivo sumario, quen de chegar rapidamente a unha decisión sobre o fondo do asunto, nin sequera pola vía do procedemento abreviado regulado no art. 78 que, doutro xeito, só é aplicábel cando os recursos se referiren a materias das que coñezan os xulgados do contencioso-administrativo e cando a súa contía non supere os 3.000 euros,

¹⁰ Cfr., auto do 22 de abril de 1994. Vid. GIMENO FELIU, J.M, *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación*, Civitas, Madrid, 2003, páx. 198 e ss.

¹¹ Entre outras, vid. a STS do 26 de abril de 1994 (Ar. 3009), que anula as decisións do órgano de contratación por afastárense inxustificadamente do criterio sostido polos servizos especializados e a mesa de contratación.

contía substancialmente inferior aos limiares cuantitativos fixados polas directivas substantivas e, na súa virtude, recollidos no TRLCAP español.

Por último, cabe tamén cuestionar se a fiscalización que os tribunais españois realizan das decisións administrativas relativas á selección de contratistas non podía ser máis ambiciosa seguindo a liña marcada por certos pronunciamentos do TXUE.

3. As Ss.TXUE do 15 de maio e do 16 de outubro de 2003 e as reformas introducidas pola Lei 62/2003 no TRLCAP

3.1. A S.TXUE do 15 de maio de 2003

As evidencias destacadas no epígrafe anterior foron, finalmente, constatadas polo TXUE na sentenza do 16 de maio de 2003 (As. C-214/00), na que o tribunal estimou dous dos tres¹² motivos impugnatorios esgrimidos pola comisión contra o Estado español polo incumprimento da obriga de transposición da Directiva 89/665/CEE. Seguindo, como era previsíbel, o establecido en pronunciamentos anteriores¹³, o tribunal

¹² O recurso da comisión fundamentábase en non ter adoptado o Estado español as medidas necesarias para dar cumprimento ao disposto nos art. 1 e 2 da directiva «recursos» e, en particular:

|| Non estender o sistema de recursos aos procedementos de contratación xestionados por entidades de dereito privado creadas para satisfacer especificamente necesidades de interese xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil, dotadas de personalidade xurídica de seu e cuxa actividade estea maioritariamente financiada polas administracións públicas ou por outras entidades de dereito público, ou cuxa xestión estea sometida a un control por parte destas, ou cuxo órgano de administración, dirección ou vixilancia estea composto por membros que, na súa maioría, sexan nomeados polas administracións públicas ou por outras entidades de dereito público.

|| Ao non permitir a interposición de recursos contra todas as decisións adoptadas polas entidades adxudicadoras, incluídos todos os actos de trámite, durante o procedemento de adxudicación dun contrato público;

|| Ao non ter previsto a posibilidade de se adoptaren todo tipo de medidas preventivas procedentes en relación coas decisións adoptadas polas entidades adxudicadoras, incluídas as medidas destinadas a permitir a suspensión dunha decisión administrativa, eliminando a tal fin as dificultades e os obstáculos de calquera tipo e, en particular, a necesidade de interpoñer previamente un recurso contra a decisión da entidade adxudicadora.

¹³ Así a STXUE do 15 de xaneiro de 1998 (As. «Mannesmann») no relativo á interpretación do concepto «organismo de dereito público» (vid. o meu traballo «Entes instrumentais e dereito comunitario da contratación pública: o concepto de organismo de dereito público», REGAP n° 20, páx. 181 e ss. e NOGUERA DE LA MUELA, *El ámbito subjetivo...*, cit.) e, no relativo á falta de adaptación dos ordenamentos estatais ao sistema de recursos establecido na Directiva 89/665/CEE, a STXUE do 19 de setembro de 1996 (As. comisión contra Grecia).

condena ao Estado español por non ter integrado adecuadamente a citada directiva e, en concreto, segundo establece a resolución,

- «Ao non ter estendido o sistema de recursos garantido pola citada directiva ás decisións adoptadas polas sociedades de dereito privado creadas para satisfacer especificamente necesidades de interese xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil, dotadas de personalidade xurídica de seu e cuxa actividade estea maioritariamente financiada polas administracións públicas ou por outras entidades de dereito público, ou cuxa xestión estea sometida a un control por parte destas, ou cuxo órgano de administración, dirección ou vixilancia estea composto por membros máis da metade dos cales sexan nomeados polas administracións públicas ou por outras entidades de dereito público; e
- ao someter por regra xeral a posibilidade de se tomaren medidas preventivas en relación coas decisións adoptadas polas entidades adxudicadoras á necesidade de interpoñer previamente un recurso contra a decisión da entidade adxudicadora».

Poucos meses despois, o alcance práctico desta declaración viuse confirmada pola S.TXUE do 16 de outubro de 2003 (As. SIEPSA), na que o tribunal europeo volve condenar ao Reino de España por infracción da Directiva 93/37/CEE (obras), ao non se suxeitar ás prescricións desta relativas á licitación realizada pola «Sociedad de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A» relativa á construción dun centro educativo penitenciario experimental en Segovia.

3.2. As reformas do TRLCAP introducidas a través da Lei 62/2003

Forzado por estas incontestábeis condenas xudiciais, o lexislador aproveitou a Lei 62/2003, de medidas fiscais, administrativas e da orde social, para introducir diversas modificacións no TRLCAP. Por unha parte, para introducir as sociedades mercantís públicas dentro do ámbito de aplicación do TRLCAP e permitir, a través da remisión ao mecanismo da «alzada impropia» regulada no art. 41 da Lei 48/1998, do 30 de decembro, de procedementos de contratación nos sectores da auga, enerxía, os transportes e as telecomunicacións, o control contencioso-administrativo da actuación contractual destes entes con personalidade xurídico-privada. Pola outra introducindo un novo art. 60 bis no que se regulan, dun xeito máis acorde co disposto na Directiva 89/665/CEE, as medidas preventivas no marco dos procedementos administrativos de contratación, *lex specialis* e ben máis garantista que a contida no art. 111 LPAC.

Canto á ampliación do ámbito subxectivo de aplicación do TRLCAP, a Lei 62/2003 introduce unha nova redacción do art. 2.1 e das disposicións adicionais 6^a e 16^a deste corpo legal. O novo art. 2.1 establece:

«As entidades de dereito público non comprendidas no ámbito definido no artigo anterior e as sociedades de dereito privado creadas para satisfacer especificamente necesidades de interese xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil sempre que, amais, conorra algún dos requisitos contidos no parágrafo b) da aliña 3 do artigo anterior¹⁴ ficarán suxeitas ás prescricións desta lei relativas á capacidade das empresas, publicidade, procedementos de licitación e formas de adxudicación para os contratos de obras, subministracións, consultoría e asistencia e servizos de contía igual ou superior, con exclusión do Imposto sobre o valor engadido, a 6.242.028 euros (equivalente a 5.000.000 dereitos especiais de xiro), no caso de tratarse de contratos de obras, ou a 249.681 euros (equivalente a 200.000 dereitos especiais de xiro), se se trata de calquera outro contrato dos mencionados».

Previsión normativa que, como xa foi apuntado, debe completarse co disposto na DA 6^a –que establece a suxeición da actividade contractual destas sociedades mercantís públicas, nos casos en que esta non estea sometida ao TRLCAP por disposición do mencionado art. 2.1, aos «principios de publicidade e concorrência, salvo que a natureza da operación que se vai realizar sexa incompatible con estes principios» –e máis coa DA 16^a que, precisamente para os casos en que a actuación contractual destas sociedades mercantís públicas estea sometida ao TRLCAP establece, por remisión ao previsto no art. 51 da Lei 48/1998, unha alzada impropia ante o ministerio ao que estas sociedades estean adscritas e, por conseguinte, a posibilidade de que a súa actividade contractual poida ser revisada pola xurisdición contencioso-administrativa.

A respecto desta reforma do art. 2.1 e das DD.AA. 6^a e 16^a TRLCAP, cabe salientar, en primeiro lugar, o seu carácter incompleto e parcial, froito, sen dúbida, da precipitación¹⁵ coa que esta reforma se acometeu. No canto de optar por someter o conxunto da actividade contractual destas sociedades públicas ao TRLCAP –consecuencia lóxica da súa consideración como «poderes adxudicadores» para os efectos das directivas comunitarias, tal e como impón a STXUE do 15 de maio de 2003 –a Lei 62/2003 optou pola solución máis restritiva e, ao fin, máis problemática:

¹⁴ Os xa coñecidos de estar dotadas de personalidade xurídica de seu, estar maioritariamente financiada a súa actividade polas administracións públicas ou por outras entidades de dereito público, ou acharse a súa xestión sometida a un control por parte destas, ou estar composto o seu órgano de administración, dirección ou vixilancia por membros que, na súa maioría, foron nomeados polas administracións públicas ou por outras entidades de dereito público.

¹⁵ Mostra inequívoca desta precipitación é o dato de que se mantieña o título orixinal do art. 2 TRLCAP («Adxudicación de determinados contratos de Dereito Privado»), claramente incongruente agora co carácter público duns contratos que o son pola natureza e os fins que motivaron a creación do ente que os adxudica.

un sometemento parcial da actuación contractual destas sociedades ao TRLCAP só nos supostos en que a operación contractual concreta supere os limiares cuantitativos establecidos nas directivas. Para os demais casos, a contratación destas sociedades fica, sen máis, apenas suxeita á observación dos «principios» de publicidade e concorrència (DA 6ª), non aos da lexislación de contratos das administracións públicas.

Do mesmo xeito, a solución arbitrada para someter, indirecta e parcialmente, a través dunha «alzada impropia» a actividade contractual destas sociedades públicas á xurisdición contencioso-administrativa, compromete a coherencia do sistema da LXCA. Porque, ao fin, que explicación lóxica pode existir para que a fiscalización contencioso-administrativa dun contrato de obras ou de subministracións adxudicado por unha destas sociedades dependa, en exclusiva, da contía e non do carácter da operación contractual considerada ou da natureza do ente que o adxudica? Non se trata apenas de que, ao depender só da contía do contrato, se lle abra a porta á fraude so a forma de fraccionamentos ou reducións ficticias dun orzamento que, ao fin, se pode incrementar por medio de modificados posteriores á adxudicación do contrato. Trátase tamén de que esta solución levanta problemas –sentenzas civís e contencioso-administrativas contraditorias axuizando contratos de idéntica natureza– que xa debían estar resoltos¹⁶ e ameaza, con toda certeza, con novas condenas xudiciais ao Estado español por incumprimento dun dereito comunitario da contratación que, cómpre lembrar, non se limita ás directivas senón que ten un arraigamento directo nos tratados e que, neste sentido, aféctalle ao conxunto da actuación contractual dos estados membros,

¹⁶ Problemas porque a opción seguida pola Lei 62/2003 –someter parcialmente ao TRLCAP algúns dos contratos asinados polas sociedades mercantís públicas, no canto de considerar estas sociedades mercantís públicas como «administracións públicas» introducindoas, ao pé dos organismos autónomos e das entidades de dereito público con personalidade xurídica de seu, no art. 1.3 TRLCAP –levanta novamente a cuestión de cál será a xurisdición competente para fiscalizar os contratos destas sociedades de contía inferior á establecida no novo art. 2.1. Neste caso, achándose os tales contratos unicamente sometidos aos principios de publicidade e concorrència (que non aos principios do TRLCAP) segundo establece a DA 6ª, non se poden identificar «actos separábeis» que xustifiquen a competencia da xurisdición contencioso-administrativa, por canto esta categoría só é predicábel respecto dos contratos privados das «administracións públicas» no sentido que a este concepto lle dá o TRLCAP, mais non respecto de contratos privados asinados por entidades que non participan, consonte co citado corpo legal, de tal condición. E é neste sentido no que se debe interpretar o art. 9 TRLCAP. Porén, en contra deste entendemento, afirmando a aplicabilidade da doutrina dos actos separábeis tamén aos contratos asinados por sociedades mercantís en mans públicas, vid. VILLALBA PÉREZ, F., *La contratación de las sociedades en manos de las Administraciones Públicas: principios de publicidad y concorrència. Fundamentos de su publicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, páx. 288.

incluída a que cuantitativamente non exceda os limiares establecidos naquelas¹⁷.

A segunda das novidades introducidas pola Lei 62/2003 supón a introdución no TRLCAP dun novo art. 60 bis no cal se ordena un **novo sistema de tutela administrativa preventiva dos interesados nos procedementos de contratación**. Unha *lex specialis* respecto da regulación xeral contida no art. 111 LPAC e máis conforme que esta coas exixencias derivadas da directiva «recursos», tal e como esta foi interpretada polo TXUE e, en concreto, pola citada sentenza do 15 de maio de 2003, e que ofrece a seguinte redacción:

«1. Os interesados en concorrer a un procedemento de adxudicación e, en todo caso, os licitadores, poderán solicitar a adopción de medidas provisionais para corrixir a infracción alegada ou para impedir que se lles causen outros prexuízos aos intereses afectados, incluídas as medidas destinadas a suspender ou a facer que suspenda o procedemento de adxudicación do contrato en cuestión, ou a execución de calquera decisión adoptada polos órganos de contratación.

Esta solicitude poderá formularse con independencia de que se interpoña o recurso correspondente.

2. Serán órganos competentes para adoptar, no seu caso, as tales medidas provisionais os que foran indicados para coñecer dos correspondentes recursos, calquera que fora a súa clase.

3. O prazo para solicitar a adopción das medidas citadas será de cinco días a contar da data da infracción alegada, e deberase resolver, de forma motivada, nun prazo de dez días, ou entenderase denegada no suposto de non recaer resolución expresa.

Contra a dita resolución non caberá recurso, sen prexuízo dos que procederan contra as resolucións que se ditarian no procedemento principal.

4. Cando da resolución das medidas provisionais poidan derivar prexuízos de calquera natureza, a resolución poderá impor a constitución de caución ou garantía suficiente para responder deles, sen que aquelas produzan efectos en tanto a dita caución ou garantía non fora constituída».

Esta nova regulación das medidas provisionais no seo dos procedementos de adxudicación supón, sen dúbida, unha transposición máis fiel do establecido neste extremo pola directiva «recursos», tal e como esta foi interpretada polo TXUE e, en concreto, pola sentenza do 15 de maio de 2003. Recóllese unha ampla lexitimación para instar á adopción destas medidas («Os interesados en concorrer a un procedemento de adxudicación e, en todo caso, os licitadores»), unha configuración aberta

¹⁷ Liberdades fundamentais como a de circulación de mercadorías e servizos e principios de dereito orixinario como os de non discriminación, igualdade de tratamento e transparencia (cfr., Libro verde da comisión *A Contratação Pública na União Europeia: reflexões para o futuro*, 1996, páx. 15 e MORENO MOLINA, J.A., *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, páx. 73 a 111).

das medidas que se deben adoptar, que non teñen por que limitarse á suspensión do procedemento («medidas provisionarias para corrixir a infracción alegada ou para impedir que se causen outros prexuízos aos intereses afectados, incluídas as medidas destinadas a suspender...»), medidas que poden ser adoptadas con independencia da interposición dun recurso sobre o fondo, ao instar á anulación da decisión que se estime ilegal («Esta solicitude poderá formularse con independencia de que se interpoña o recurso correspondente») e que deben ser instadas e adoptadas nun prazo o suficientemente curto como para impedir a produción de feitos consumados (cinco días para solicitálas, dez para adoptálas). A competencia para coñecer e resolver estas solicitudes, élle atribuída ao órgano administrativo competente para coñecer dos eventuais recursos de que sexan susceptibles os actos ou resolucións que se estimen ilegais.

Porén, este novo art. 60 bis TRLCAP presenta certas carencias e limitacións que deben ser destacadas. En primeiro lugar, a imposibilidade de recorrer a decisión que se adopte respecto da adopción ou non destas medidas provisionarias, prohibición de recurso que, como xa se ten apuntado¹⁸, non só é contraria á previsión xeral establecida no art. 107 LPAC, senón que semella, tamén, contravir o contido esencial do dereito á tutela xudicial efectiva (art. 24 CE) na medida en que nel se inclúe, tal e como a xurisprudencia do TC estableceu, o dereito aos recursos e á tutela preventiva. É máis, esta prohibición tampouco semella ser moi acorde co texto da directiva «recursos», por canto esta dispón que «sempre que as instancias responsábeis polos procedementos de recurso non sexan de natureza xurisdiccional... deben ser adoptadas disposicións para garantir os procesos a través dos cales calquera medida, presuntamente ilegal, adoptada pola instancia de base competente ou calquera falta presumida no exercicio dos poderes que lle fosen conferidos, deba poder ser obxecto de recurso xurisdiccional ou de recurso perante outra instancia que sexa un órgano xurisdiccional na acepción do art. 177 do tratado (actual art. 234 TUE) e que sexa independente en relación coa entidade adxudicadora e a instancia de base» (art. 2.8). Dito doutro xeito, se é dubidosa a constitucionalidade de establecer legalmente a irrecorribilidade de determinados actos ou resolucións administrativas, sexa en vía administrativa ou contenciosa, na medida en que esta irrecorribilidade se afirme en decisións adoptadas por órganos administrativos que non gocen da condición de «instancia independente» no sentido da directiva «recursos», non cabe dúbida de que tal previsión legal é abertamente in-

¹⁸ Cfr., NOGUERA DE LA MUELA, B., «El control de la contratación pública en el Derecho comunitario y en el ordenamiento jurídico-administrativo español», pág. 124 (en GIMENO FELIU, J.M., coord., *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004).

compatíbel co dereito comunitario. Xa que logo, outra vez máis, a precipitación ou a falta de ambición do lexislador español ameaza con provocar novas sentenzas condenatorias do TXUE.

3. Asuntos (aínda) pendentes

3.1. A lexitimación para impugnar os actos relativos á selección de contratistas

Tanto para a doutrina como para a xurisprudencia maioritaria, o PCAP é –en canto que parte da convocatoria do procedemento selectivo– un acto xeral que, unha vez perfeccionado o contrato, se converte no seu contido negocial, con independencia de que fose ou non aceptado polo adxudicatario. É só neste sentido que se adoita afirmar ao que o PCAP é lei do contrato ou lei do procedemento selectivo.

Esta negación da substancia normativa ao PCAP produce tamén un claro impacto na procura da fiscalización xurisdiccional da actuación contractual da Administración. Existe unha consolidada doutrina xurisprudencial segundo a cal a falta de impugnación directa do PCAP impide facer valer indirectamente a súa ilegalidade a través dun recurso dirixido contra os actos subseguintes do procedemento e, en particular, contra a propia adxudicación. Doutrina que parte da aplicación da causa de inadmisibilidade recollida no actual art. 28 LXCA («non é admisíbel o recurso-contencioso-administrativo respecto dos actos que sexan reprodución doutros anteriores definitivos e firmes e os confirmatorios de actos consentidos por non ser recorridos en tempo e forma»).

Cuestións dogmáticas á parte¹⁹ e do recordatorio de como doutrina e xurisprudencia admiten pacificamente a natureza normativa doutros produtos da Administración con evidentes similitudes cos pregos de contratación: tal é o caso das bases reguladoras dos procedementos de concesión de subvencións ou outras axudas públicas, de adxudicación de vivendas ou, tras dunha xa consolidada doutrina constitucional iniciada coa STC 193/1987, do 9 de decembro, tamén das bases reitoras dos procedementos de selección de persoal ao servizo das administracións públicas.

Con efecto, o TC ten recoñecido sen reservas o carácter normativo das bases reitoras dos procedementos de selección de persoal ao servizo das administracións públicas, ao se referir a elas como «disposicións xerais» co obxecto de lembrar cal é o obxecto do recurso de amparo:

¹⁹ Estudadas detidamente no meu traballo «Acerca de la naturaleza normativa de los pliegos de cláusulas administrativas particulares», en *El derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

«... o carácter esencialmente subxectivo do recurso como vía de protección de dereitos e liberdades, procedendo ao exame das disposicións xerais neste tipo de recurso só en canto *prius* necesario para determinar se se violaron dereitos fundamentais protexidos por esta vía (...). O exame, por tanto, da convocatoria e bases para a cobertura en propiedade de 159 prazas de auxiliares administrativos, aprobadas polo Concello de Valencia o 10 de xullo de 1986, é o *prius* necesario para a resolución do presente recurso de amparo» (F.X. 5º).

Desde o meu punto de vista, e unha vez atendido o valor que o art. 5 LOPX lle dá ás sentenzas do TC, a mudanza na doutrina xurisprudencial que se vén de indicar parece obrigada. Mesmo –aínda que este suposto non estea contemplado na xurisprudencia constitucional citada– para recoñecer a lexitimación a interesados distintos dos participantes no procedemento selectivo baseándose no «interese competitivo», recoñecido noutros ámbitos por unha xurisprudencia xa idosa²⁰.

Por outra parte, e como xa foi adiantado, débese lembrar que tamén o dereito comunitario exige o recoñecemento dunha ampla lexitimación para impugnar as actuacións de preparación e adxudicación dun contrato. O art. 1.3 da Dir. 89/65/CEE exige que as vías estatais de recurso lle sexan accesíbeis, como mínimo, a calquera persoa que teña ou tivera interese en obter un determinado contrato público e que, amais, se vira ou se poida ver prexudicada por unha presunta infracción. Á luz de canto se vén de indicar, pódese afirmar que a práctica restritiva que seguen os tri-

²⁰ Vid. o traballo de FERNÁNDEZ FARRERES «Interés competitivo, comercial o industrial e impugnación directa de disposiciones de carácter general», REDA n° 22, 1979, páx. 465 e ss. Como única excepción, ben que moi condicionada polas circunstancias do caso axuizado, cabe citar a STSX de Cataluña do 2 de outubro de 2000, na que se recoñece a lexitimación para impugnar o acto de adxudicación a un terceiro:

«A análise da dita cuestión [a da lexitimación] exige, con todo, ter en conta que, a diferenza dos procedementos de adxudicación de contratos por medio de concurso ou poxa, nos que a participación nestes é aberta, de tal maneira que só resultan lexitimados para impugnar o resultado da adxudicación aqueles que interviñeran como participantes no procedemento, no suposto de autos encontrámonos ante un sistema de contratación directa, no que a xunta veciñal elixiu un único licitador, que resultou ser a mesma persoa a quen se lle adxudicara no ano 1994, concedéndolle a este o contrato de arrendamento mediante acta de adxudicación do 17 de xaneiro de 1999, con remisión sucinta e somera nesta ás condicións particulares que figuran na adxudicación anterior, isto é, sen nin sequera realizar unha consulta previa e negociación dos termos do contrato.

Quere isto dicir que non existiu un procedemento aberto e público para a adxudicación do aproveitamento cinxético do monte de referencia, coa conseguinte exclusión deste de calquera persoa que non fose a que directamente preseleccionou a xunta veciñal, o que lexitima para impugnar aquel a calquera persoa que teña ou tivese interese na adxudicación do contrato e á que anticipadamente se lle privou de participar neste, polo que debe admitirse a lexitimación do hoxe recorrente, en canto interesado no dito contrato e non apenas como persoa actuante en defensa da mera legalidade».

bunais españois no recoñecemento da lexitimación para impugnar os actos de preparación e adxudicación dos contratos públicos é incompatíbel co dereito comunitario e que, por conseguinte, a alegre afirmación contida na exposición de motivos da LCAP dista de responder á realidade.

Exemplos tirados das resolucións ditadas polo TXCE nesta materia e que obrigaron a mudar normativas internas consideradas incompatíbeis coa Directiva 89/665/CEE (caso de Alemaña, Grecia²¹ ou Austria), deberían abondar para que o lexislador español acometa unha urxente reforma da lexislación procesual e procedemental administrativa.

3.2. A tutela preventiva no ordenamento español

Como exemplo da imperencia da tutela preventiva en materia contractual, sirva a seguinte pasaxe da STS do 7 de febreiro de 1996 (Ar. 2518), na que se denega a casación solicitada fronte a un auto no que o TSX de Cataluña denegara a suspensión do acto de adxudicación dun contrato de uso e explotación dun restaurante. Razo a o TS no fundamento cuarto desta sentenza que «para resolver sobre a suspensión dos actos impugnados, e malia que se puidera deducir outra cousa da pura letra do precepto [art. 122.2^a LXCA de 1956], non só hai que atender aos danos e perdas que a execución lles puidera causar aos recorrentes, senón que tamén hai que sopesar o interese público que está en xogo e, por suposto, tamén o posíbel interese de terceiras persoas, cuxas utilidades non teñen porque ser infravaloradas. Pois ben, no presente caso, sen descoñecer os prexuízos inmediatos que a execución do acto lles puídesen

²¹ A STXCE do 19 de setembro de 1996 (as. C-236/95, Rec. I-467), na que se condena ao Estado grego por infracción da Dir. 89/665/CEE, é ben ilustrativa e contén algunhas orientacións de interese. En primeiro lugar, a sentenza considera que a pesar de que o Decreto presidencial grego nº 18/1989 prevé, con carácter xeral, a suspensión da execución dos actos administrativos, tal previsión «presupón a existencia dun recurso principal de anulación do acto administrativo impugnado, en tanto que en virtude do disposto no art. 2 da directiva, os estados membros están obrigados a conferir-lles aos organismos que coñezan dos procedementos de recurso da facultade de adoptar, independentemente de calquera acción previa, todas as medidas provisionais, incluídas as destinadas a suspender ou a facer que se suspenda o procedemento de adxudicación do contrato público en cuestión» (fundamento 12), incumprimento que non desaparece polo feito de que o Consello de Estado grego interprete o dito decreto presidencial de conformidade coa directiva (fundamento 12) pois «como resulta de reiterada xurisprudencia do TXCE, para cumprir a exigencia de seguranza xurídica, é especialmente importante que os particulares gocen dunha situación xurídica clara e precisa que lles permita coñecer a plenitude dos seus dereitos e exercitalos, chegado o caso, ante os órganos xurisdiccionais estatais» (fundamento 13) e, en fin, para o TXCE, «unha xurisprudencia como a do Consello de Estado non pode en caso ningún cumprir coas exigencias de seguranza xurídica» (fundamento 14). As carencias que esta sentenza detecta no ordenamento heleno, ¿caso non son igualmente advertíbeis no dereito español?

orixinar aos actores, existe un interese público en que a nova adjudicación (por principio máis vantaxosa que a anterior, salvo que se demostre outra cousa) produza os seus efectos, e existe tamén nela un interese particular, o do novo adjudicatario...»

Esta doutrina aplicativa da vella LXCA de 1956, aínda vixente, leva á consecuencia xa indicada: a suspensión dunha licitación ou da execución dun contrato xa adjudicado dana normalmente o interese público, de xeito que na inmensa maioría dos casos a suspensión é denegada, sobre todo se reparamos en que as salas consideran que os prexuízos derivados son sempre indemnizábeis.

O camiño a seguir neste punto vén indicado polo TXCE en dous autos, ditados tralo recurso previo da comisión.

No primeiro²² o tribunal de Luxemburgo suspendeu a adjudicación e execución dun contrato de automatización do xogo, realizada por un ente público italiano baseándose no carácter manifesto da infracción das normas comunitarias, por canto xa se ditara en 1989 unha sentenza sobre un asunto practicamente idéntico.

Noutro posterior²³, no que se desestimaba a petición de medidas preventivas realizada pola comisión, o TXCE non suspendeu a eficacia dun contrato público de subministración de autobuses realizado por unha entidade belga, ao considerar, dunha banda, que a comisión non actuou diligentemente ao non lle comunicar en tempo ao Estado belga a súa intención de solicitar a suspensión e, doutra, que tal suspensión paralizaría a renovación dunha flota de autobuses que, pola súa antigüidade, xa provocara algún accidente.

En ambos os dous supostos, como noutros posteriores, o TXCE pondera o interese da comisión no cumprimento do dereito comunitario, co interese público implicado na execución do contrato, inclinándose normalmente polo primeiro sempre que exista aparencia de bo dereito (*fumus boni iuris*) e concorra o requisito de urxencia (*periculum in mora*)²⁴, conforme co establecido no art. 83 do Regulamento de procedemento do tribunal.

Neste mesmo sentido pronúnciase a citada Dir. 89/65/CEE. Tras establecer a obriga dos estados membros de velar pola previsión de poderes que permitan «tomar, o máis rapidamente posíbel, a través dun proceso de urxencia, medidas provisionais destinadas a corrixir a alegada violación ou a impedir que sexan causados outros danos aos intereses en causa, incluíndo medidas destinadas a suspender ou a facer suspender o

²² Auto do presidente do TXCE do 31 de xaneiro de 1992.

²³ Do 22 de abril de 1994.

²⁴ Cfr., art. 83 do Regulamento de procedemento do TXCE.

proceso da adxudicación do contrato de dereito público en causa ou a execución de calquera decisión tomada polas entidades adxudicantes» (art. 2.1º.a) e de lembrar que a potestade para adoptar tales medidas provisionais pode serlles atribuída a instancias distintas das competentes para resolver sobre o fondo (art. 2.2º), impón que a instancia responsábel pola adopción destas medidas provisionais debe tomar en consideración «as probábeis consecuencias de tal medida para todos os intereses susceptíbeis de ser lesionados, así como o interese público, e de decidir non conceder esas medidas sempre que as consecuencias negativas poidan superar as vantaxes» (art. 2.4º).

3.3. A inexistencia dun procedemento especial en materia contractual

Formalmente, a afirmación contida na exposición de motivos da LCAP relativa á non necesidade de transposición expresa da Dir. 89/665/CEE podería compartirse á luz do establecido no art. 130 da LXCA de 1998. Con todo, a realidade é moi distinta e perante a estrita interpretación que dos requisitos da tutela preventiva están a facer os órganos contencioso-administrativos, parece claro que o camiño a seguir é o da institución dun procedemento sumario que permita, coa maior rapidez, adoptar un pronunciamiento sobre o fondo dos conflitos xurdidos na preparación e na adxudicación dos contratos públicos.

Un procedemento que non existe no ordenamento español –segundo xa se xustificou, o procedemento abreviado previsto na LCAP non sería de aplicación en materia contractual– en contraste co que sucede noutros ordenamentos como o francés ou o portugués aos que deseguido, e a mero título de exemplo, se fará unha referencia sumaria.

a) O référé precontractual francés

No dereito francés, a Lei 92-10, do 4 de xaneiro de 1992 (modificada pola Lei 93-122 do 23 de xaneiro, de prevención da corrupción, que o estendeu ás convencións de dereito público) traspón a Dir. 89/65/CEE establecendo un procedemento urxente e sumario invocábel para calquera incumprimento das normas internas e comunitarias reitoras dos procedementos de selección de contratistas. Os trazos principais desta vía de fiscalización xurisdiccional son os seguintes:

■ **Lexitimación:** todos os que poidan ver eventualmente lesionado o seu interese en concursar, á parte do prefecto (no caso dos contratos das entidades locais) e o Goberno francés, cando a comisión o requira á vista dunha infracción «clara e manifesta» do dereito comunitario.

■ **Procedemento:** resolve un só maxistrado da sala, conforme cun procedemento abreviado (o recorrente pode realizar unha reclamación

previa ante a Administración actuante que debe responder no prazo de 10 días; no caso de non haber resposta ou no caso de que esta sexa negativa, o recorrente debe presentar o recurso en *référé* ante o presidente da sala ou a persoa en que este delegara, que o deben resolver en 20 días). Trátase dunha decisión definitiva, sobre o fondo do asunto, e non apeñas dunha decisión provisoria.

Cando se actúa en vía de *référé*, o xuíz administrativo pode adoptar unha ampla gama de medidas provisorias (suspensión do procedemento, medidas provisorias positivas: *injection*). A Lei 2000-597, do 30 de xuño, que modificou o réxime do *référé* precontractual, suavizou as condicións para a adopción de medidas preventivas, por máis que se mantéña o seu carácter non automático: abonda con demostrar a urxencia e achegar indicios que proxecten serias dúbidas sobre a legalidade da decisión impugnada, e elimínase a exigencia de que da non suspensión se puidesen seguir consecuencias dificilmente reparábeis.

Esta mesma lei aumentou a eficacia do *référé* precontractual, ao introducir dúas modificacións que a doutrina viña reclamando: por un lado, a atribución ao xuíz dun poder de *injonction* que lle permite adiar a sinatura dun contrato por un prazo máximo de 20 días; por outro, a eliminación da obriga de efectuar unha reclamación administrativa previa. Con estas dúas medidas corríxese un dos maiores problemas levantados pola normativa precedente: a sinatura precipitada do contrato antes de que recaese a decisión do xuíz e que daba lugar ao arquivo da demanda.

b) O contencioso contractual portugués²⁵


A través do Decreto-lei 134/98, do 15 de maio, traspúxose ao ordenamento portugués a directiva «recursos». A solución adoptada foi a de introducir un recurso contencioso específico para os actos administrativos relativos á formación dos contratos públicos de execución (*empreitadas*) e concesión de obras públicas, subministración de bens e prestación de servizos, superen ou non os limiares cuantitativos establecidos nas directivas europeas²⁶. Os trazos xerais deste contencioso contractual son os seguintes:

²⁵ Sobre as reformas introducidas polo Decreto-lei 134/98 no contencioso dos contratos públicos en Portugal, vid. VIANA C., «Recentes alterações do contencioso relativo à formação dos contratos públicos», en *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 37/2003, páx. 3 e ss.

²⁶ O art. 2 establece que «São susceptíveis de recurso contencioso os actos administrativos relativos à formação dos contratos previstos no artigo anterior que lesem direitos ou interesses legalmente protegidos, assim como os actos dirigidos à celebração de contratos do mesmo tipo que sejam praticados por sujeitos privados no âmbito de procedimentos pré-contratuais especificamente regulados por normas de direito público» (alínea 1). Prosegue a alínea 2 deste mesmo artigo: «também são susceptíveis

■ **Lexitimación ampla.** Os recursos poden ser interpostos por «quem se considerar titular de dereito subjectivo ou interese legalmente ofendido polo acto recorrido ou alegar interese directo, persoal e legítimo no provimento do recurso» (art. 3.1).

■ **Procedemento urxente e sumario.** O prazo para a interposición do recurso é dun mes a contar desde a notificación ou, no seu caso, desde a data de coñecemento do acto. A única proba admisíbel é a documental e na tramitación do recurso dispónse un prazo común de quince días para contestación e alegacións (só as haberá no caso de ser requirida ou admitida proba) e de dez días para a resolución do recurso.

■ **Medidas provisionais.** Débense solicitar conxuntamente coa interposición do recurso e, nos termos da directiva, poden visar tanto a suspensión como calquera outra destinada a «corrigir a ilegalidade ou a impedir que sejam causados outros danos aos intereses em causa» (art. 2.3). O procedemento para a adopción destas medidas é igualmente áxil: sete días para resposta da autoridade interesada e dos contra-interesados, tres días para vista ao ministerio público e cinco días para que o tribunal resolva sobre estas. Os criterios para a adopción destas medidas están igualmente tirados de forma literal da directiva: «...não serão decretadas se o tribunal, em juízo de probabilidade, ponderados os direitos ou interesses susceptíveis se derem lesados, concluir que as consequências negativas para o interesse público excedem o proveito a obter pelo recorrente». 

de impugnação directa o programa, o caderno de encargos ou qualquer outro documento conformador do procedimento pré-contratual, designadamente com fundamento na ilegalidade das especificações técnicas, económicas ou financeiras que constem desses documentos».

Abreviaturas empregadas

CE: Constitución española.

DA: disposición adicional.

FX: fundamento xurídico.

LCAP: Lei 13/1995, do 18 de maio, de contratos das administracións públicas.

LCE: Lei de contratos do Estado.

LOPX: Lei 6/1985, do 1 de xullo, orgánica do poder xudicial.

LPAC: Lei 30/1992, do 26 de novembro, do réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.

LXCA: Lei 29/1998, do 13 de xullo, da xurisdición contencioso-administrativa.

PCAP: Pregos de cláusulas administrativas particulares.

RCCL: Regulamento de contratación das corporacións locais.

REDA: *Revista Española de Derecho Administrativo*.

REGAP: *Revista Galega de Administración Pública*.

RMUE: *Revue du Marché Unique Européenne*.

TC: Tribunal Constitucional.

TRLCAP: Texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas, aprobado por Real decreto-lexislativo 2/2000, do 16 de xuño.

TS: Tribunal Supremo.

TSX: Tribunal Superior de Xustiza.

TUE: Tratado da Unión Europea.

TXCE: Tribunal de Xustiza da Comunidade Europea.

TXUE: Tribunal de Xustiza da Unión Europea.

UE: Unión Europea.

XCCA: Xunta consultiva de contratación administrativa.

Bibliografía citada

- ARIÑO ORTIZ, G., *La reforma de la Ley de Contratos del Estado*, Unión Editorial, Madrid, 1984.
- AYMERICH CANO, C.I., «Acerca de la naturaleza normativa de los pliegos de cláusulas administrativas particulares» (en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000).
- «Entes instrumentais e direito comunitario da contratação pública: o conceito de organismo de direito público», REGAP n° 20, 1998.
- COMISIÓN EUROPEA, *A Contratação Pública na União Europeia: reflexões para o futuro*, 1996.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Interés competitivo, comercial o industrial e impugnación directa de disposiciones de carácter general», REDA n° 22, 1979.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Ámbito de aplicación de la Ley» (en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, GÓMEZ-FERRER MORANT, coord., Civitas, Madrid, 1996).
- GIMENO FELIU, J.M., *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación*, Civitas, Madrid, 2003.
- MICHEL, N., «La jurisprudence de la Cour de Justice sur les marchés publics: instrumente essential de leur ouverture á la concurrence», en *Revue du Marché Unique Européenne* n° 3/1994.
- MORENO MOLINA, J.A., *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- NOGUERA DE LA MUELA, B., *El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Atelier, Barcelona, 2001.
- NOGUERA DE LA MUELA, B., «El control de la contratación pública en el Derecho comunitario y en el ordenamiento jurídico-administrativo español» (en Gimeno Feliu, J.M., coord., *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004).
- SAINZ MORENO, F., «Los temas objeto de debate en la nueva Ley» (en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Gómez-Ferrer Morant, coord., Civitas, Madrid, 1996).
- VIANA, C., «Recentes alterações do contencioso relativo à formação dos contratos públicos», *Cadernos de Justiça Administrativa*, n° 37, xaneiro/febreiro, 2003.
- VILLALBA PÉREZ, F., *La contratación de las sociedades en manos de las Administraciones Públicas: principios de publicidad y concurrencia. Fundamentos de su publicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.