

AVISO JURÍDICO IMPORTANTE: La información que se ofrece en estas páginas está sujeta a una cláusula de exención de responsabilidad y a un aviso de Copyright

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda)
de 13 de enero de 2005 (1)

«Incumplimiento de Estado – Directivas 93/36/CEE y 93/37/CEE – Contratos públicos – Procedimiento de adjudicación de contratos públicos de suministro y de obras – Ámbito de aplicación – Concepto de entidad adjudicadora – Convenios de colaboración interadministrativos – Concepto de contrato – Recurso al procedimiento negociado en casos no previstos por la Directiva»

En el asunto C-84/03, que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 226 CE, el 26 de febrero de 2003,

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por los Sres. K. Wiedner y G. Valero Jordana, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante,

contra

Reino de España, representado por el Sr. S. Ortiz Vaamonde, en calidad de agente, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda),

integrado por el Sr. C.W.A. Timmermans, Presidente de Sala, y los Sres. R. Schintgen, J. Makarczyk (Ponente), G. Arestis y J. Klučka, Jueces;

Abogado General: Sra. J. Kokott;
Secretario: Sr. R. Grass;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 Mediante su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las disposiciones del Tratado CE y de las Directivas 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 199, p. 1) y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), al no haber adaptado correctamente su ordenamiento jurídico interno a las citadas Directivas y, en particular:

- al excluir del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 16 de junio de 2000, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (BOE nº 148, de 21 de junio de 2000, p. 21775; en lo sucesivo, «Texto Refundido») y, en concreto, en el artículo 1, apartado 3, del Texto Refundido a las entidades de Derecho privado que reúnan los requisitos recogidos en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, guiones primero, segundo y tercero, de cada una de las mencionadas Directivas;
- al excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del Texto Refundido, en el artículo 3, apartado 1, letra c), de éste, los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de dichas Directivas, y
- al permitir en los artículos 141, letra a), y 182, letras a) y g), del Texto Refundido que se recurra al procedimiento negociado en dos supuestos que no están contemplados en las citadas Directivas.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

- 2 El artículo 1, letra b), de la Directiva 93/37 dispone lo siguiente:

«[A efectos de la presente Directiva se entenderá por:]

poderes adjudicadores: el Estado, los entes territoriales, los organismos de derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de derecho público.

organismo de derecho público: cualquier organismo:

- creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,
- dotado de personalidad jurídica, y
- cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien, cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de derecho público.

[...]»

- 3 Las disposiciones del artículo 1, letra b), de la Directiva 93/36 son esencialmente idénticas.

- 4 A tenor del artículo 6, apartados 2 a 4, de la Directiva 93/36:

«2. Los poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos de suministro por el procedimiento negociado cuando se presenten ofertas irregulares en respuesta a un procedimiento abierto o restringido o cuando las ofertas resulten inaceptables con arreglo a disposiciones nacionales conformes a lo dispuesto en [el] título IV, siempre que [no] se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato. En tales casos, los poderes adjudicadores publicarán un anuncio de licitación, a menos que incluyan en tales procedimientos negociados a todas las empresas que cumplan los requisitos de los artículos 20 a 24 y que, durante el anterior procedimiento abierto o restringido, hayan presentado ofertas que cumplan los requisitos formales del procedimiento de licitación.

3. Los poderes adjudicadores también podrán adjudicar contratos de suministro por el procedimiento negociado, sin publicación previa de anuncio de licitación, en los casos siguientes:

- a) cuando no se presenten proposiciones, o cuando se presenten proposiciones inadecuadas, en respuesta a un procedimiento abierto o restringido, siempre que no se modifiquen de forma sustancial las condiciones originales del contrato y se transmita un informe a la Comisión;
- b) cuando los productos de que se trate se fabriquen exclusivamente para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo, no aplicándose esta condición a la producción en serie destinada a establecer la viabilidad comercial del producto o a recuperar los costes de investigación y desarrollo;
- c) cuando, a causa de su especificidad técnica o artística, o por razones relacionadas con la protección de derechos exclusivos, tan sólo pueda encomendarse la fabricación o suministro del producto a un determinado proveedor;
- d) cuando, en la medida estrictamente necesaria, la extrema urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles para los poderes adjudicadores en cuestión, no sea compatible con los plazos exigidos por los procedimientos abiertos, restringidos o negociados contemplados en el apartado 2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias imputables a los poderes adjudicadores para justificar la extrema urgencia;
- e) para suministros complementarios efectuados por el proveedor inicial que constituyan bien una reposición parcial de suministros o instalaciones de uso corriente o bien una ampliación de los suministros o instalaciones existentes, cuando un cambio de proveedor obligara al poder adjudicador a adquirir material con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas. La duración de tales contratos, así como la de los contratos renovables no podrá, por regla general, ser superior a tres años.

4. En todos los demás supuestos, los poderes adjudicadores adjudicarán sus contratos de suministro por el procedimiento abierto o por el procedimiento restringido.»

5 A tenor del artículo 7, apartados 3 y 4, de la Directiva 93/37:

«3. Los poderes adjudicadores podrán adjudicar sus contratos de obras recurriendo al procedimiento negociado, sin publicar previamente un anuncio de licitación, en los casos [siguientes]:

- a) cuando no se presenten ofertas o ninguna oferta adecuada en respuesta a un procedimiento abierto o restringido, siempre que no se modifiquen de forma sustancial las condiciones iniciales del contrato y a condición de que se transmita un informe a la Comisión, a petición de ésta;
- b) cuando, a causa de su especificidad técnica, artística o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusividad, la ejecución de las obras sólo pueda encomendarse a un determinado contratista;
- c) cuando, en la medida estrictamente necesaria, la urgencia apremiante producida por acontecimientos imprevisibles para los poderes adjudicadores, no sea compatible con los plazos exigidos por los procedimientos abiertos, restringidos o negociados contemplados en el apartado 2. Las circunstancias alegadas para justificar la urgencia apremiante no deberán en ningún caso ser imputables a los poderes adjudicadores;
- d) para aquellas obras complementarias que no figuren en el proyecto adjudicado inicialmente ni en el primer contrato formalizado y que, debido a una circunstancia imprevista, pasen a ser necesarias para la ejecución de la obra tal y como estaba descrita, siempre que la adjudicación recaiga en el contratista que ejecuta dicha obra:
 - cuando dichas obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato principal sin causar inconvenientes mayores a los poderes adjudicadores,
 - o cuando dichas obras, aunque se puedan separar de la ejecución del contrato inicial sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento.

No obstante, el importe acumulado de los contratos adjudicados para las obras complementarias no podrá ser superior al 50 % del importe del contrato principal;

- e) para nuevas obras que consistan en la repetición de obras similares realizadas por el contratista titular de un primer contrato adjudicado por los mismos poderes adjudicadores, con la condición de que dichas obras sean conformes a un proyecto de base y que dicho proyecto haya sido objeto de un primer contrato adjudicado según los procedimientos mencionados en el apartado 4.

La posibilidad de recurrir a este procedimiento deberá ser expresada desde el inicio del procedimiento de adjudicación del primer contrato, y el importe total previsto para la continuación de las obras se tomará en cuenta por parte de los poderes adjudicadores para la aplicación del artículo 6. Únicamente se podrá utilizar este procedimiento durante un período de tres años a partir de la celebración del contrato inicial.

4. En todos los demás casos, los poderes adjudicadores adjudicarán sus contratos de obras recurriendo al procedimiento abierto o al procedimiento restringido.»

Normativa nacional

- 6 El ámbito de aplicación personal de la normativa española en materia de contratación pública está definido en el artículo 1 del Texto Refundido. En él se incluye a todas las administraciones públicas territoriales, tanto estatales como autonómicas y locales.
- 7 El artículo 1, apartado 3, del Texto Refundido añade:
- «Deberán asimismo ajustar su actividad contractual a la presente Ley los organismos autónomos en todo caso y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas, siempre que en aquéllas se den los siguientes requisitos:
- a) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.
- b) Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones públicas y otras entidades de derecho público.»
- 8 A tenor de la disposición adicional sexta del Texto Refundido, titulada «Principios de contratación en el sector público», «las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus Organismos autónomos, o Entidades de Derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios».
- 9 El artículo 3, apartado 1, letra c), del Texto Refundido excluye del ámbito de aplicación de éste «los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí».
- 10 El artículo 141, letra a), del Texto Refundido, relativo a los contratos de obras, y el artículo 182, letra a), de la misma norma, relativo a los contratos de suministro, establecen que podrá utilizarse el procedimiento negociado sin publicidad previa cuando el contrato no haya podido adjudicarse en un procedimiento abierto o restringido o los candidatos presentados no hayan sido admitidos a licitación, siempre que no se modifiquen las condiciones originales del contrato, salvo el precio, que no podrá ser aumentado en más de un 10 %.
- 11 El artículo 182, letra g), del Texto Refundido indica que podrá utilizarse el procedimiento negociado sin publicidad previa en los procedimientos que se refieran a bienes cuya uniformidad haya sido declarada necesaria para su utilización común por la administración, siempre que la adopción del tipo de bienes de que se trate se haya efectuado, previa e independientemente, en virtud de

concurso, de acuerdo con lo previsto en el presente Título.

Procedimiento administrativo previo

- 12 Considerando que los sucesivos textos normativos que adaptaban el Derecho interno español a las Directivas 93/36 y 93/37 eran parcialmente incompatibles con éstas, la Comisión remitió al Reino de España un escrito de requerimiento con fecha de 17 de septiembre de 1997 y un escrito de requerimiento complementario con fecha de 24 de julio de 2000.
- 13 A raíz de que las autoridades españolas notificasen a la Comisión el Texto Refundido, ésta consideró resueltos algunos aspectos controvertidos de la adaptación del Derecho interno a las citadas Directivas.
- 14 Sin embargo, como estimaba que dicha adaptación seguía siendo incorrecta, la Comisión remitió al Reino de España, el 24 de enero de 2001, un escrito de requerimiento y, el 31 de enero de 2002, un escrito de requerimiento complementario, en el que le instaba a adoptar las medidas necesarias para atenerse a él en el plazo de dos meses desde su notificación.
- 15 Al considerar insatisfactoria la respuesta del Reino de España al escrito de requerimiento complementario, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

Sobre el recurso

- 16 En apoyo de su recurso, la Comisión formula tres motivos.
- 17 Mediante su primer motivo, la Comisión reprocha al Reino de España que excluyese *a priori* del ámbito de aplicación del Texto Refundido a las entidades de Derecho privado, cuando pueden ser organismos de Derecho público en el sentido del artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37.
- 18 Mediante su segundo motivo, la Comisión reprocha al Reino de España que excluyese del ámbito de aplicación del Texto Refundido los convenios de colaboración celebrados entre las entidades de Derecho público, cuando estos convenios pueden constituir contratos públicos en el sentido de las Directivas 93/36 y 93/37.
- 19 Mediante su tercer motivo, la Comisión reprocha al Reino de España que permitiese que se recurra al procedimiento negociado en dos supuestos que no están contemplados en las Directivas 93/36 y 93/37, a saber la contratación subsiguiente a procedimientos declarados desiertos y la adjudicación de contratos de suministro de bienes uniformes.

Sobre el primer motivo, basado en la exclusión del ámbito de aplicación del Texto Refundido de las entidades de Derecho privado que reúnan los requisitos recogidos en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, guiones primero, segundo y tercero, de las Directivas 93/36 y 93/37

Alegaciones de las partes

- 20 Según la Comisión, el ámbito de aplicación personal del Texto Refundido no coincide con el de las Directivas 93/36 y 93/37, ya que la normativa nacional se aplica exclusivamente a las entidades sujetas a un régimen de Derecho público en el sentido del Derecho español, mientras que la forma jurídica de la entidad de que se trate es ajena a la definición de «organismo de Derecho público» aplicada en dichas Directivas.
- 21 La Comisión invoca la sentencia de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros (C-44/96, Rec. p. I-73), apartados 17 a 35, y recuerda que el Tribunal de Justicia ha considerado que por «organismo de Derecho público» ha de entenderse un organismo que reúna los tres requisitos acumulativos que se enuncian en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de la Directiva 93/37.

- 22 Basándose en varias sentencias del Tribunal de Justicia (en particular, las sentencias de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, 31/87, Rec. p. 4635, y de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding, C-360/96, Rec. p. I-6821), la Comisión sostiene que el concepto de entidad adjudicadora definido en el artículo 1 de las Directivas 93/36 y 93/37 debe recibir una interpretación funcional.
- 23 La Comisión alega asimismo que la interpretación que el Gobierno español da al concepto de «organismo de Derecho público» provoca una pérdida de autonomía de un concepto comunitario que debe dar lugar a una interpretación uniforme en toda la Comunidad.
- 24 El Gobierno español opta por una interpretación literal del concepto de «organismo de Derecho público». Sostiene que las Directivas 93/36 y 93/37 no incluyen en este concepto a las sociedades mercantiles bajo control público. En apoyo de su alegación, invoca la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 199, p. 84), que distingue entre el concepto de «organismo de Derecho público», idéntico en las Directivas sobre contratación pública, y el de «empresa pública», cuya definición se corresponde con la de sociedad mercantil pública.
- 25 Además, el Gobierno español rechaza cualquier solución de carácter general. Sostiene que una verdadera delimitación del concepto de «organismo de Derecho público» presupone la definición previa del concepto de «necesidades de interés general» y, sobre todo, del «carácter industrial o mercantil» que no deben tener dichas necesidades, a través de un examen detallado de cada entidad.
- 26 La Comisión replica que la Directiva 93/38 constituye una norma particular y que su carácter de excepción se opone a que pueda servir para la interpretación de disposiciones generales, en este caso de las Directivas 93/36 y 93/37.

Apreciación del Tribunal de Justicia

- 27 Procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, el concepto de «organismo de Derecho público», concepto de Derecho comunitario que debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, se define desde un punto de vista funcional con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37 (véanse, en este sentido, las sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, antes citada, apartados 20 y 21; de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, C-214/00, Rec. p. I-4667, apartados 52 y 53, y de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, C-283/00, Rec. p. I-11697, apartado 69).
- 28 De ello se desprende que, para resolver la cuestión de la calificación eventual de una entidad de Derecho privado como organismo de Derecho público, procede comprobar únicamente si la entidad de que se trata cumple los tres requisitos acumulativos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37, sin que el estatuto de Derecho privado de esa entidad constituya un criterio que pueda excluir por sí solo su calificación como entidad adjudicadora en el sentido de estas Directivas (sentencia de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, antes citada, apartados 54, 55 y 60).
- 29 Además, el Tribunal de Justicia ha precisado que esta interpretación no implica desconocer el carácter industrial o mercantil de las necesidades de interés general que la entidad de que se trate persigue satisfacer, ya que este elemento se toma en cuenta necesariamente para determinar si tal entidad cumple o no el requisito contenido en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, primer guión, de las Directivas 93/36 y 93/37 (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, antes citada, apartado 75).
- 30 Por otra parte, esta conclusión tampoco puede invalidarse por la falta de referencia expresa, en las Directivas 93/36 y 93/37, a la categoría específica de las «empresas públicas», utilizada no obstante en la Directiva 93/38 (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de octubre de 2003, Comisión/España, antes citada, apartado 76).
- 31 Por tanto, resulta de lo anterior que la normativa española incorpora de manera incorrecta el concepto de «entidad adjudicadora» que figura en el artículo 1, letra b), de las Directivas 93/36 y 93/37, ya que excluye de su ámbito de aplicación a las entidades de Derecho privado, cuando éstas pueden cumplir los requisitos enunciados en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, guiones

primero, segundo y tercero, de dichas Directivas.

32 En tales circunstancias, procede estimar el primer motivo de la Comisión.

Sobre el segundo motivo, basado en la exclusión del ámbito de aplicación del Texto Refundido de los convenios de colaboración celebrados entre las entidades de Derecho público

Alegaciones de las partes

- 33 La Comisión señala que el Texto Refundido excluye de su ámbito de aplicación los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o que celebren cualesquiera de estos organismos entre sí. A su juicio, esta exclusión absoluta constituye una adaptación incorrecta del Derecho interno a las Directivas 93/36 y 93/37, puesto que algunos de estos convenios pueden tener la misma naturaleza que los contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de éstas.
- 34 Sostiene que se trata de una exclusión que no figura en las Directivas 93/36 y 93/37.
- 35 La Comisión invoca la definición de contrato contenida en el artículo 1, letra a), de las Directivas 93/36 y 93/37 y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual, para determinar la existencia de un contrato, es necesario comprobar si ha existido un convenio entre dos personas distintas (sentencia de 18 de noviembre de 1999, Teckal, C-107/98, Rec. p. I-8121, apartado 49). En consecuencia, estima que, habida cuenta de los anteriores elementos, los acuerdos de colaboración interadministrativos pueden ser contratos en el sentido de las Directivas 93/36 y 93/37.
- 36 El Gobierno español destaca que la figura del convenio es la forma normal de relacionarse entre sí de las entidades de Derecho público. Alega que estas relaciones están al margen del mercado. Además, dicho Gobierno se pregunta por la fundamentación de la sentencia Teckal, antes citada, y sostiene que el principio que figura en el artículo 6 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1) está implícitamente incluido en las demás Directivas sobre contratación pública.

Apreciación del Tribunal de Justicia

- 37 Según las definiciones contenidas en el artículo 1, letra a), de las Directivas 93/36 y 93/37, un contrato público de suministro o de obras supone la existencia de un contrato a título oneroso celebrado por escrito entre, por una parte, un proveedor o un contratista y, por otra, una entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de dichas Directivas y que tenga por objeto la compra de productos o la ejecución de determinado tipo de obras.
- 38 Conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan (sentencia Teckal, antes citada, apartado 50).
- 39 Habida cuenta de la identidad de los elementos constitutivos de la definición de contrato en las Directivas 93/36 y 93/37, a excepción del objeto del contrato considerado, procede aplicar la solución adoptada así en la sentencia Teckal, antes citada, a los acuerdos interadministrativos a los que se aplica la Directiva 93/37.
- 40 En consecuencia, dado que excluye *a priori* del ámbito de aplicación del Texto Refundido las relaciones entre las Administraciones Públicas, sus organismos públicos y, en general, las entidades de Derecho público no mercantiles, sea cual sea la naturaleza de estas relaciones, la normativa española de que se trata en el caso de autos constituye una adaptación incorrecta del Derecho interno a las Directivas 93/36 y 93/37.

41 En tales circunstancias, procede estimar el segundo motivo de la Comisión.

Sobre el tercer motivo, basado en la circunstancia de que el Texto Refundido prevea el recurso al procedimiento negociado en dos supuestos que no están contemplados en las Directivas 93/36 y 93/37

42 La Comisión estima que el Texto Refundido permite el recurso al procedimiento negociado en dos supuestos que no están contemplados en las Directivas 93/36 y 93/37: la contratación subsiguiente a procedimientos declarados desiertos y la adjudicación de contratos de suministro de bienes uniformes.

Sobre la primera parte del tercer motivo, relativa a la contratación subsiguiente a procedimientos declarados desiertos

Alegaciones de las partes

43 La Comisión considera que, al permitir el aumento del precio base de licitación hasta un 10 % respecto del procedimiento abierto o restringido previo, los artículos 141, letra a), y 182, letra a), del Texto Refundido contravienen las Directivas 93/36 y 93/37, puesto que permiten una modificación sustancial de una de las condiciones originales del contrato: el precio.

44 La Comisión alega que la enumeración de los supuestos en los que cabe recurrir al procedimiento negociado tiene carácter taxativo. Concluye de ello que la interpretación del concepto de «modificación no sustancial» debe ser restrictiva.

45 El Gobierno español reprocha a la Comisión que no indique qué modificación del precio debe considerarse sustancial y qué aumento no merece tal calificación. Alega que, en aras de la seguridad jurídica, el legislador español transformó el concepto indeterminado de «modificación sustancial de las condiciones originales del contrato» en un concepto cierto.

46 En respuesta a lo anterior, la Comisión sostiene que, en el marco de un recurso por incumplimiento, no está obligada a definir los límites de la infracción ni a indicar las medidas que permitirían eliminar el incumplimiento imputado. Alega asimismo que el objetivo del legislador nacional de precisar los conceptos contenidos en las Directivas no puede dar lugar a que éstas no se apliquen.

Apreciación del Tribunal de Justicia

47 Según se desprende, en particular, del duodécimo considerando de la Directiva 93/36 y del octavo considerando de la Directiva 93/37, el procedimiento negociado tiene carácter excepcional y sólo debe aplicarse en los casos taxativamente enumerados. Desde esta perspectiva, los artículos 6, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/36 y 7, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/37 enumeran taxativamente los supuestos en los que se puede recurrir al procedimiento negociado sin publicación previa de anuncio de licitación.

48 Según la jurisprudencia, las disposiciones que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obras deben ser objeto de una interpretación estricta (sentencias de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94, Rec. p. I-1249, apartado 23, y de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, C-318/94, Rec. p. I-1949, apartado 13). Por tanto, los Estados miembros no pueden, so pena de privar a las Directivas de que se trata de su efecto útil, establecer supuestos de recurso al procedimiento negociado que no estén previstos en las citadas Directivas ni dotar a los supuestos expresamente previstos por estas Directivas de condiciones nuevas que tengan como efecto facilitar el recurso a dicho procedimiento.

49 Pues bien, en el presente asunto no puede negarse que, al permitir el recurso al procedimiento negociado cuando el contrato no haya podido adjudicarse en un procedimiento abierto o restringido o los candidatos presentados no hayan sido admitidos a licitación, siempre que no se modifiquen las condiciones originales del contrato, salvo el precio, que no podrá ser aumentado en más de un 10 %, los artículos 141, letra a), y 182, letra a), del Texto Refundido dotan precisamente a las citadas disposiciones de las Directivas 93/36 y 93/37 de una condición nueva que debilita tanto el alcance como el carácter excepcional de aquéllas. En efecto, una condición de este tipo no puede considerarse una modificación no sustancial de las condiciones originales del contrato, como prevén,

respectivamente, los artículos 6, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/36 y 7, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/37.

- 50 En tales circunstancias, es necesario señalar que los artículos 141, letra a), y 182, letra a), del Texto Refundido constituyen una adaptación incorrecta del Derecho interno a los artículos 6, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/36 y 7, apartado 3, letra a), de la Directiva 93/37.

Sobre la segunda parte del tercer motivo, relativa a la adjudicación de contratos de suministro de bienes uniformes

Alegaciones de las partes

- 51 La Comisión alega que el procedimiento contemplado en el artículo 182, letra g), del Texto Refundido hace caso omiso de lo dispuesto en el artículo 6, apartados 2 y 3, de la Directiva 93/36, que enumera los supuestos de aplicación del procedimiento negociado.
- 52 En el caso de autos, la normativa española prevé el recurso al procedimiento negociado sin publicidad previa cuando se trate de bienes cuya uniformidad haya sido declarada necesaria para su utilización común por la administración. El recurso a este procedimiento es posible siempre que el tipo de bienes de que se trate se haya elegido, previa e independientemente, en virtud de concurso.
- 53 El Gobierno español sostiene que las licitaciones para determinar el tipo de bienes uniformes se asemejan a los contratos marco.
- 54 Además, este Gobierno afirma que estas licitaciones no difieren en modo alguno de las adjudicaciones efectuadas como consecuencia de un acuerdo o contrato marco previsto por otro artículo del Texto Refundido que no ha sido objeto de ninguna observación por parte de la Comisión. Por tanto, concluye que las citadas licitaciones son conformes a las Directivas sobre contratación pública.
- 55 Después de recordar la definición de los acuerdos marco, la Comisión alega que éstos no están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/36.

Apreciación del Tribunal de Justicia

- 56 Por lo que respecta a la adjudicación de contratos de suministro de bienes uniformes, a la que se refiere el artículo 182, letra g), del Texto Refundido, sólo cabe recurrir al procedimiento negociado en los supuestos enumerados taxativamente en el artículo 6, apartados 2 y 3, de la Directiva 93/36. Por otra parte, el apartado 4 de este artículo indica que «en todos los demás supuestos, los poderes adjudicadores adjudicarán sus contratos de suministro por el procedimiento abierto o por el procedimiento restringido».
- 57 Pues bien, la disposición controvertida, introducida por el legislador español, no responde al caso que figura en el artículo 6, apartado 2, ni a uno de los seis supuestos enumerados en el apartado 3 del mismo artículo, en los que está expresamente permitida la utilización del procedimiento negociado sin publicación previa de anuncio de licitación. Procede señalar asimismo que el concepto de «acuerdo marco» no está incluido en el ámbito de aplicación de estas excepciones.
- 58 Además, según jurisprudencia reiterada, las disposiciones que admiten excepciones a las normas dirigidas a garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de suministro deben ser interpretadas estrictamente (sentencia de 17 de noviembre de 1993, Comisión/España, C-71/92, Rec. p. I-5923, apartado 36). Por tanto, corresponde a los Estados miembros demostrar que su normativa incorpora de manera fiel los supuestos expresamente previstos por la Directiva. Pues bien, en el caso de autos, el Gobierno español no ha aportado tal prueba.
- 59 En consecuencia, en la medida en que permite el recurso al procedimiento negociado sin publicidad previa en los procedimientos que se refieran a bienes cuya uniformidad haya sido declarada necesaria para su utilización común por la administración, siempre que el tipo de bienes de que se trate se haya elegido previamente en virtud de concurso, la normativa controvertida constituye una adaptación incorrecta del Derecho interno al artículo 6, apartados 2 y 3, de la Directiva 93/36.

- 60 En tales circunstancias, procede estimar el tercer motivo de la Comisión.
- 61 Habida cuenta de las anteriores consideraciones, es necesario declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas 93/36 y 93/37 al no haber adaptado correctamente su ordenamiento jurídico interno a las citadas Directivas y, en particular:
- al excluir del ámbito de aplicación del Texto Refundido y, en concreto, en el artículo 1, apartado 3, de dicho Texto Refundido a las entidades de Derecho privado que reúnan los requisitos recogidos en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, guiones primero, segundo y tercero, de cada una de las mencionadas Directivas;
 - al excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del Texto Refundido y, en concreto, en el artículo 3, apartado 1, letra c), de éste los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de dichas Directivas;
 - al permitir en los artículos 141, letra a), y 182, letras a) y g), del Texto Refundido que se recurra al procedimiento negociado en dos supuestos que no están contemplados en las citadas Directivas.

Costas

- 62 A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber solicitado la Comisión que se condene en costas al Reino de España y haber sido desestimados los motivos formulados por éste, procede condenarlo en costas.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) decide:

- 1) **Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, al no haber adaptado correctamente su ordenamiento jurídico interno a las citadas Directivas y, en particular:**
 - al excluir del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 16 de junio de 2000, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y, en concreto, en el artículo 1, apartado 3, de dicho Texto Refundido a las entidades de Derecho privado que reúnan los requisitos recogidos en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, guiones primero, segundo y tercero, de cada una de las mencionadas Directivas;
 - al excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del Texto Refundido y, en concreto, en el artículo 3, apartado 1, letra c), de éste los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de dichas Directivas, y
 - al permitir en los artículos 141, letra a), y 182, letras a) y g), del Texto Refundido que se recurra al procedimiento negociado en dos supuestos que no están contemplados en las citadas Directivas.
- 2) **Condenar en costas al Reino de España.**

Firmas

1 - Lengua de procedimiento: español.