

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. CARL OTTO LENZ

presentadas el 25 de abril de 1989*

*Señor Presidente,
Señores Jueces,*

A. Hechos

1. El procedimiento prejudicial en relación con el cuál presentamos hoy nuestras conclusiones tiene por objeto la interpretación de la Directiva 71/305 del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras,¹ así como sus efectos. El órgano jurisdiccional remitente, el «Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia», solicita fundamentalmente un pronunciamiento sobre el tenor y el alcance del apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305, sobre su aplicabilidad directa, así como la facultad y la obligación que eventualmente puede incumbir a la administración nacional de, llegado el caso, aplicar la citada disposición en detrimento del Derecho nacional contrario.

2. Las cuestiones planteadas condicionan la solución de un litigio entablado entre Fratelli Costanzo SpA y el Municipio de Milán, en el que la parte demandante impugna el procedimiento de adjudicación de un contrato público destinado a la modernización del estadio G. Meazza, en el marco de la preparación del campeonato del mundo de fútbol de 1990. En virtud de la letra a) del apartado 2 del artículo 24, de la Ley nº 584, de 8 de agosto de 1977, por la que se adapta el Derecho interno a la Directiva 71/305, se optó, como criterio de adjudicación, por el precio más bajo ofrecido, con la

posibilidad de presentar ofertas de mayor cuantía. En virtud de un régimen transitorio establecido mediante Decreto-Ley y destinado a acelerar el procedimiento de adjudicación de contratos públicos de obras durante un período de dos años,² el anuncio de licitación preveía un procedimiento automático de exclusión de ofertas anormalmente bajas, que, a su vez, se definían de manera meramente aritmética. En aplicación de este régimen transitorio especial, la parte demandante fue eliminada de la licitación. Dicha demandante había sido la única empresa cuya oferta había sido inferior al importe estimado de 82 043 634 386 LIT. El contrato se adjudicó a una agrupación de empresas (Ing. Lodigiani SpA) cuya oferta era superior en un 9,85 % al importe estimado.

3. Con posterioridad, se declaró inválido el artículo 4 del Decreto-Ley, fundamento jurídico del procedimiento de urgencia, sin que la referida norma llegara a convalidarse en ley. Si embargo, la validez de los actos administrativos fundados en los Decretos-Ley fue confirmada.

4. La parte demandante alega, en especial, que los textos en aplicación de los cuales se acordó su exclusión infringen el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305. El órgano jurisdiccional remitente plantea al Tribunal de Justicia una serie de cuestiones centradas en la interpretación de dicha Directiva. Por otra parte, la demandante desea saber si la Administración Local demandada «disfrutaba de la facultad o estaba obligada

* Lengua original: alemán.

1 — DO L 185 de 16.8.1971, p. 5; EE, 17/01, p. 9.

2 — Artículo 4 de los Decretos-Ley nº 206, de 25 de mayo de 1987, nº 302, de 27 de julio de 1987 y nº 393, de 25 de septiembre de 1987.

a inaplicar las disposiciones internas contrarias a la norma comunitaria citada [...]».

5. Para una más amplia exposición de los hechos y de las alegaciones de las partes, nos remitimos al informe para la vista.

B. Análisis

6. Aun cuando, ya en la fase escrita del procedimiento, se haya observado que las cuestiones prejudiciales eran, en parte, improcedentes, es preciso admitir que el sometimiento al Tribunal de Justicia se ajusta a Derecho. Todo lo más que pueden existir son dudas sobre la admisibilidad de aquellas cuestiones cuyo objeto es la adecuación del Derecho del Estado miembro de que se trata al Derecho comunitario. Es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que no entra dentro de su ámbito de competencias examinar si el ordenamiento interno es compatible con el ordenamiento comunitario. Lo que el Tribunal de Justicia hace normalmente en semejante caso es reformular las cuestiones y elaborar los criterios de decisión en los cuales el Juez del Estado miembro pueda resolver por sí mismo si el Derecho nacional se adecúa o no al Derecho comunitario.

7. Cuando, en materia de interpretación del Derecho comunitario, se plantean cuestiones formuladas de manera equívoca, existe una práctica reiterada del Tribunal de Justicia consistente en identificar el punto crucial del problema desde la perspectiva del Derecho comunitario, ofreciendo una respuesta sobre este punto al órgano jurisdiccional remitente.

8. Siguiendo un orden sistemático-lógico, las cuestiones prejudiciales deben reagruparse de la manera siguiente: procede, en primer lugar, determinar los criterios de interpretación del apartado 5 del artículo 29

de la Directiva 71/305, a partir de los cuáles el Juez del Estado miembro habrá de apreciar la inadecuación de las normas jurídicas internas al ordenamiento comunitario. Sólo en aquellos supuestos en los que se aprecie su inadecuación, procederá plantearse si la disposición de la Directiva genera efecto directo. En caso de respuesta afirmativa, habrá que examinar en qué medida las instancias nacionales, las autoridades administrativas de un Estado miembro, en el caso de autos, disfrutaban de la facultad o les incumbía la obligación de dar efectividad al Derecho comunitario.

9. La cuestión de la resolución de remisión ha de entenderse de la siguiente manera: ¿en qué medida debe recogerse en la disposición interna de adaptación el tenor del apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305? El vocabulario empleado es un poco equívoco cuando distingue entre «disposiciones de resultado» y «disposiciones de forma y medios» de una directiva; lo que, de hecho, no constituye sino una remisión indirecta a la definición de la directiva que ofrece el artículo 189 del Tratado CEE, a tenor del cual dicho acto normativo obligará al Estado miembro destinatario en cuanto el resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. Esta redacción basta para poner de manifiesto que, en una directiva, no cabe distinguir entre disposiciones de resultado y disposiciones de forma y medios; puesto que, por definición, la directiva habrá de guardar silencio sobre la forma y medios en que debe efectuarse su adaptación.

10. La cuestión de en qué medida un Estado miembro ha de adaptar el Derecho nacional a lo dispuesto en la directiva sin modificar ésta en punto sustantivo alguno, o si, por el contrario, puede apartarse del tenor de la misma, es algo que deberá apreciarse por medio de una interpretación de la disposición concreta de la directiva. A este respecto, será preciso basarse en los términos de la disposición, así como intentar determi-

moet worden nagegaan welke de zin en de strekking van de richtlijn alsmede haar doelstellingen zijn. Artikel 29, lid 5, van richtlijn 71/305, waarover thans moet worden geoordeeld, luidt als volgt:

„Ingeval voor een bepaalde opdracht inschrijvingen worden gedaan die in verhouding tot het uit te voeren werk duidelijk abnormaal laag zijn, onderzoekt de aanbestedende dienst de samenstelling daarvan, alvorens te besluiten tot gunning van de opdracht. Hij houdt rekening met het resultaat van dit onderzoek.

Met het oog daarop verzoekt hij de inschrijver de nodige motiveringen te verstrekken, en laat hij hem eventueel weten, welke er onaanvaardbaar worden geacht.

Indien de documenten betreffende de opdracht de bepaling inhouden dat de opdracht wordt gegund aan de laagste inschrijver, dient de aanbestedende dienst het afwijzen van de te laag geachte aanbiedingen tegenover het Raadgevend Comité, ingesteld bij besluit van de Raad van 26 juli 1971, met redenen te omkleden.”

11. Artikel 29 van richtlijn 71/305 noemt de gunningscriteria en bepaalt de procedure die telkens moet worden gevolgd. De opsomming van de criteria voor de gunning enerzijds en de vastlegging van de te volgen procedure anderzijds verzekeren een transparantie van de afhandeling en vormen tegelijkertijd een element van rechtszekerheid. Juist de met de bepaling beoogde procedurele eenvormigheid maakt het potentiële inschrijvers mogelijk, te beoordelen met welke

condities zij bij deelneming aan de aanbesteding te maken krijgen. Daarbij schrijft lid 5 de aanbestedende dienst niet enkel voor, dat en op welke wijze hij de in verhouding tot de prestatie abnormaal laag lijkende inschrijvingen moet onderzoeken, maar vormt het tegelijkertijd een procedurele garantie voor de betrokken inschrijver. Hij kan niet wegens een duidelijk abnormaal lage inschrijving worden uitgesloten zonder dat een administratieve verificatieprocedure heeft plaatsgevonden.³

12. Een gelijkaardige procedurele garantie is te vinden in de in de laatste zin van de bepaling geformuleerde verplichting tot motivering bij de afwijzing van een te laag geachte inschrijving, ingeval als criterium voor de gunning de aanbesteding tegen de laagste prijs werd gekozen. De opening, de organisatie en de afsluiting van de onderzoeksprocedure zijn bindend voorgeschreven. Zij vormen een soort gemeenschappelijke minimumnorm.

13. Afwijkingen van de aldus beschreven „bindende” voorschriften in de richtlijn wegens uitzonderingssituaties of bijzondere spoedeisendheid zijn in beginsel niet mogelijk, voor zover de richtlijn niet zelf dergelijke uitzonderingsgevallen toestaat.

14. Daarentegen valt uit de bepaling van de richtlijn niet op te maken, hoe nader moet worden bepaald, wat een „duidelijk abnormaal lage inschrijving” is. Met name is daarvoor geen procedure voorgeschreven. In dit kader is zeker ruimte voor concretiseren door de nationaal omzettingbepaling. Daarom is het ook niet beslist noodzakelijk, dat de begrippen letterlijk in de omzetting-

³ — Zie arrest van 10 februari 1982, zaak 76/81, Transpo-
route, Jurispr. 1982, blz. 417, r. o. 18.

ciones. Ésta es también una razón que explica el porqué no es absolutamente indispensable que el texto de adaptación reproduzca literalmente el tenor de la Directiva, lo importante es que sea evidente el carácter excepcional de una oferta demasiado baja, que puede hacer dudar sobre la seriedad de la oferta. El objeto y el fin perseguido por el procedimiento de control es precisamente aclarar estas dudas y, en su caso, eliminarlas. El desequilibrio entre la prestación y la oferta es lo que caracteriza el supuesto contemplado en la norma comunitaria, supuesto que deberá traducirse en el texto de adaptación.

15. Si la calificación de una oferta como anormalmente baja de forma manifiesta puede efectuarse libremente, por el contrario, cuando la oferta revista semejante carácter, la apertura del procedimiento de control es obligatoria. Una exclusión automática no se adecúa a lo dicho. Si una norma de adaptación satisface los criterios expuestos, matices terminológicos del tipo de «ofertas anormalmente bajas», en lugar de «ofertas [que manifiesten] un carácter anormalmente bajo», no le impiden ser plenamente conforme con el Derecho comunitario [cuestión C, letras a) y b)].

16. Queda por determinar (cuestión B.1) si una norma de Derecho interno promulgada con la intención de adaptar el ordenamiento nacional a la directiva puede ser ulteriormente modificada por el legislador del Estado miembro de que se trate. A este respecto, procede observar, en primer lugar, que, por un mero criterio formal, un acto jurídico de adaptación del ordenamiento jurídico nacional a una directiva constituye plenamente una norma de Derecho interno. Las posibilidades de modificación son, en principio, las mismas que para cualquier otra norma de Derecho interno. Lo mismo cabe decir, sin embargo, en relación con modificaciones posteriores, en la medida en que el legislador nacional estaba vinculado por el contenido de la directiva ya en el momento de adopción de la norma de adaptación.

17. Evidentemente, el legislador nacional puede proceder a modificaciones posteriores en aquellos ámbitos en los que disponga de un margen de actuación. Por otra parte, se adecúa plenamente al Derecho comunitario el que, llegado el caso y teniendo presente la norma comunitaria, se introduzcan mejoras. No se admiten las modificaciones contrarias a lo dispuesto en la directiva o a los objetivos perseguidos por la misma.

18. Únicamente el Derecho interno determina la forma que deben adoptar las modificaciones introducidas en cuanto al fondo (cuestión B.2). Dado que, formalmente, se trata de textos normativos autónomos de los Estados miembros, no cabe trasladar al ordenamiento jurídico estatal requisitos de procedimiento exigidos y contemplados en el procedimiento legislativo comunitario, haciendo de los mismos requisitos suplementarios de legalidad. Así pues, la obligación de motivar los actos de Derecho comunitario, en virtud del artículo 190 del Tratado CEE, no se aplica a la adopción de normas jurídicas internas.

19. En la cuestión D de la resolución de remisión, el órgano jurisdiccional *a quo* solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre si las normas comunitarias vinculan a la Administración Local, en el supuesto en que el Tribunal de Justicia estimara que los textos normativos aplicables de Derecho italiano infringen el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305. Dado que, como ya hemos dicho, la resolución de esta cuestión no compete al Tribunal de Justicia, sino al órgano jurisdiccional nacional, según los elementos de juicio que le proporciona aquél, nos vemos obligados a proseguir nuestro análisis partiendo de la hipótesis de la ilicitud de las disposiciones internas de adaptación del Derecho nacional a la Directiva.

20. Para resolver la cuestión de si, y en qué medida, las normas comunitarias vinculan a la Administración del Estado miembro en caso de conflicto entre el ordenamiento comunitario y el Derecho interno, procede, en primer lugar, distinguir en función de la naturaleza jurídica de los actos de Derecho comunitario aplicables.

21. Por lo que respecta a los reglamentos, actos de alcance general, obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en los Estados miembros (párrafo 2 del artículo 189 del Tratado CEE), es habitual que dichos actos participen, sin reserva alguna, de la primacía del Derecho comunitario y que, por consiguiente, priman sobre el Derecho interno contrario. Se trata de una jerarquía normativa establecida *a priori*. Procede, por lo tanto, atribuir al reglamento comunitario la autoridad correspondiente a la preeminencia del ordenamiento comunitario.

22. La validez de la directiva exige un juicio más matizado. Puesto que el destinatario de la directiva es el Estado miembro al que imponga una obligación, en un primer momento no genera derechos ni obligaciones para el particular. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, únicamente cabe pasar por alto este principio general cuando el Estado miembro no haya satisfecho la obligación que le incumbe de adaptar el Derecho nacional a la Directiva, o lo haya hecho de manera incorrecta.⁴

23. Esta doctrina jurisprudencial no pretende cuestionar la naturaleza jurídica de las directivas, sino sancionar un comportamiento irregular del Estado miembro en interés de los ciudadanos comunitarios. El he-

cho de que aquellas disposiciones de una directiva que impongan obligaciones a los particulares no se beneficien de una aplicabilidad directa, prueba suficientemente que la doctrina jurisprudencial relativa a la aplicabilidad directa de las directivas no pretende garantizar el pleno respeto de la validez de una directiva por un medio distinto al de la adaptación a la misma del ordenamiento jurídico interno por parte del Estado miembro de que se trate.

24. Para que una disposición de una directiva pueda ser directamente aplicable debe reunir tres requisitos concretos. A falta de medidas de adaptación adoptadas dentro de los plazos señalados, «en todos aquellos casos en que, desde el punto de vista de su contenido, las disposiciones de una directiva no estén sujetas a condición alguna y sean lo suficientemente precisas» (*traducción provisional*), los particulares pueden invocar estas disposiciones «contra toda norma nacional que infrinja la directiva, siempre y cuando dichas disposiciones definan derechos invocables por los particulares frente a su propio Estado».⁵ En la medida en que el ordenamiento jurídico comunitario pretende conferir derechos subjetivos al particular a través del ordenamiento jurídico interno y no es ya posible que el Estado pueda ejecutar en buena y debida forma la obligación de garantizar dichos derechos, por haber expirado, por ejemplo, los plazos señalados, la inacción del Estado miembro no puede perjudicar al particular.

25. La situación debe apreciarse de manera distinta cuando el Estado miembro ha adoptado ya disposiciones de adaptación; supuesto en el que es preciso distinguir entre la adaptación correcta y la incorrecta. En caso de adaptación correcta, el particular únicamente está sujeto a la norma interna,⁶

4 — Véanse, a título de ejemplo, la sentencia de 6 de mayo de 1980, Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de Bélgica, (102/79, Rec. 1980, p. 1473, apartado 12), y la sentencia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes BV/Reino de los Países Bajos, (37/87, Rec. 1988, p. 4635, apartado 40).

5 — Véase la sentencia de 19 de enero de 1982, Becker/Finanzamt Münster (8/81, Rec. 1982, p. 53, apartado 25).

6 — Sentencia de 15 de julio de 1982, Felicitas Rickmers-Linie KG & Co./Finanzamt für Verkehrssteuern de Hamburgo. (270/81, Rec. 1982, p. 2771, apartado 24). Véase igualmente, sentencia dictada en el asunto 8/81, ya citada, apartado 19).

de manera que no está legitimado para invocar la directiva.⁷ Tampoco podrá invocar la directiva cuando la norma nacional se haya apartado, dentro de límites aceptables, de los términos de aquélla. La adaptación incorrecta puede consistir, tanto en una norma jurídica que desde un principio sea incompatible con la directiva como en una modificación ulterior de la situación jurídica que, en tal caso, genera solamente la incompatibilidad. En dicho supuesto, la obligación que para los Estados se deriva de los artículos 189 y 5 del Tratado CEE de adaptar completa y puntualmente el Derecho nacional a lo previsto en la directiva subsiste o reaparece. El Tribunal de Justicia ha admitido también que, en el supuesto que acabamos de aludir, el particular pueda invocar la directiva.⁸ Procede precisar, a este respecto, que la modificación ulterior de la situación jurídica constituye un acto autónomo contrario al Derecho comunitario. En cuanto a las autoridades del Estado, éstas no pueden ampararse, frente al particular, en un comportamiento nacional contrario al Derecho comunitario.⁹

26. Suponiendo que las disposiciones de Derecho italiano de aplicación al caso de autos infrinjan el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305, se plantea inmediatamente la cuestión de la aplicabilidad directa de esta última. Ya hemos respondido positivamente a si a la Administración le incumbe la obligación de respetar lo dispuesto en la Directiva. El Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de afirmar, en la sentencia dictada en el asunto 31/87,¹⁰ que, fundamentalmente, el artículo 29 de la Directiva 71/305 puede ser objeto de aplicación directa. Aunque en esta sentencia no se hizo

referencia expresa al apartado 5 de la referida disposición, lo afirmado en la misma debe, no obstante, hacerse extensivo al apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305: el procedimiento de verificación que debe abrirse en caso de desequilibrio entre la prestación y una oferta anormalmente baja no está sujeto a ninguna otra condición, y, por otra parte, está detalladamente regulado. Por consiguiente, esta disposición no está sujeta a condición alguna y es lo suficientemente precisa. Su aplicación no exige necesariamente la adopción previa de otros actos jurídicos.

27. Por último, el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305 es igualmente apto para generar derechos en beneficio de los particulares. Como decidió el Tribunal de Justicia en la sentencia *Transporoute*,¹¹ y fue confirmado por la sentencia dictada en el asunto 31/87,¹² «el objetivo de esta disposición [...] es proteger al oferente de la arbitrariedad del órgano de contratación competente»; lo que no podría llevarse a efecto si se dejara en manos de este último la apreciación de la oportunidad de una solicitud de justificación. La obligación de verificación, que cumple una función de garantía de procedimiento, puede contemplarse como un derecho subjetivo del oferente que haya presentado una oferta manifiesta y anormalmente baja.

28. Para responder a la cuestión de si la Administración puede estar facultada o incluso obligada a inaplicar el Derecho interno contrario al Derecho comunitario (en la medida en que sea incompatible con una directiva), es preciso observar que:

— el Derecho comunitario se integra en el ordenamiento jurídico interno,¹³

7 — Sin perjuicio de interpretar una disposición de adaptación a la luz de lo dispuesto en la Directiva.

8 — Véase la sentencia de 6 de mayo de 1980, 102/79, *op. cit.*, p. 1473, apartado 12.

9 — Véase la sentencia de 13 de febrero de 1985, *Direct Cosmetics Ltd/Commissioners of Customs and Excise (5/84)*, Rec. 1985, p. 617, apartados 37 y 38).

10 — Sentencia de 20 de septiembre de 1988, *op. cit.*, Rec. 1988, p. 4635, apartado 44).

11 — Sentencia dictada en el asunto 76/81, *op. cit.*, p. 417, apartado 17.

12 — *Op. cit.*, apartado 42.

13 — Véase la sentencia dictada en el asunto 8/81, *op. cit.*, apartado 23.

— tiene primacía sobre el Derecho de los Estados miembros y

— todas las autoridades estatales están, en principio, obligadas a adoptar un comportamiento conforme al Derecho comunitario.

29. En este sentido, la obligación de aplicar la norma de Derecho comunitario se hace igualmente extensiva a la Administración del Estado. En la medida en que se prohíbe al Estado en su conjunto invocar frente a los particulares que discrepan de la directiva, y que han sido adoptadas o mantenidas en vigor en contra de las obligaciones contempladas en el Derecho comunitario, lo dicho es igualmente válido por lo que respecta a la Administración del Estado.¹⁴ Esta obligación general de adoptar un comportamiento conforme al Derecho comunitario está formulada en el artículo 5 del Tratado CEE.

30. Toda vez que un nacional comunitario invoca la aplicabilidad directa de determinadas disposiciones de una directiva, el Tribunal de Justicia se basa sistemáticamente en el principio de que, cuando el particular las invoque ante los órganos jurisdiccionales nacionales, éstos deberán considerar la norma directamente aplicable como un elemento de Derecho comunitario vigente.¹⁵

31. En cualquier caso, es preciso hacer constar que el particular también ha de disfrutar de la posibilidad de invocar la directiva directamente aplicable contra la Administración nacional. Si prosperan las pretensiones del particular, el comportamiento de la Administración del Estado miembro habrá respetado el ordenamiento jurídico comunitario; razón por la cual y a la luz de este Derecho, no habrá lugar a interponer acción judicial alguna. Por lo tanto, no es necesariamente obligatorio elevar el asunto a conocimiento de los Tribunales. Aplicado

al caso que nos ocupa, lo dicho significa que si el Municipio de Milán se hubiera atenido al procedimiento contemplado en el apartado 5 del artículo 29 y, en su resolución, hubiese tenido presente el resultado a que hubiese conducido dicho procedimiento, desde la perspectiva del Derecho comunitario no habría habido lugar a interponer acción judicial alguna.

32. Lo dicho únicamente es de rigor cuando el particular haya invocado sin éxito ante la Administración la directiva directamente aplicable. En semejante caso, los Tribunales deberán proteger la posición conferida al particular por el Derecho comunitario.

33. Desde la perspectiva del particular, es absolutamente imprescindible que pueda invocar la norma directamente aplicable y, llegado el caso, entablar el correspondiente contencioso, disfrutando, para ello, de todos los medios internos de impugnación por vía jurisdiccional, como si sus pretensiones reposaran únicamente en el Derecho nacional. La posibilidad de invocar una disposición directamente aplicable no exige, sin embargo, la creación de nuevas vías de procedimiento para garantizar la protección jurídica.¹⁶

34. En la medida en que, en un contexto distinto, el Tribunal de Justicia ha afirmado que el sistema de protección jurídica instituido por el Tratado, tal y como, en concreto, se materializa en el artículo 177, implica que «todo tipo de acción prevista por el Derecho nacional ha de poder utilizarse ante los órganos jurisdiccionales nacionales para garantizar el respeto de las normas comunitarias generadoras de efecto directo, como si se tratara de salvaguardar, por lo que respecta a los requisitos de admisibilidad y procedimiento, el respeto del Derecho nacional»,¹⁷ puede considerarse que nos encontramos ante una manera de ofrecer una

14 — Véase la sentencia dictada en el asunto 5/84, *op. cit.*, p. 612, apartados 37 y 38.

15 — Véase, a título de ejemplo, la sentencia dictada en el asunto 8/81, *op. cit.*, apartado 23.

16 — Véase la sentencia de 7 de julio de 1981, *Rewe Handelsgesellschaft Nord und Rewe Markt Steffen/Hauptzollamt Kiel*, 158/80, Rec. 1981, p. 1805, apartados 39 y ss.

17 — Véase la sentencia dictada en el asunto 158/80, *op. cit.*, apartado 46.

vía procesal para hacer respetar el Derecho comunitario directamente aplicable.

Pública puede hacerlo pero que no está obligada a ello, ya que, a tal efecto, el Tratado no pone a su disposición un nivel adecuado de protección jurídica.

35. Desde el punto de vista de la Administración, es preciso distinguir, por el contrario, en función de que las autoridades competentes alberguen dudas acerca de la adecuación de la norma nacional al Derecho comunitario, o que el litigio ya haya sido objeto de resolución judicial. A este respecto, debemos apoyarnos en la doctrina jurisprudencial ya sentada, en virtud de la cual el particular puede invocar ante los Tribunales las referidas disposiciones. Ahora bien, si puede hacerlo ante los Tribunales, será preciso reconocerle igualmente el derecho a hacer otro tanto ante la Administración Pública, a fin de que ésta pueda adoptar una resolución con pleno conocimiento de causa acerca de la posición de base del particular. Ahora bien, si el particular puede hacer valer sus pretensiones ante la Administración Pública, será preciso reconocer a esta última la posibilidad de plegarse a aquéllas. Sería absurdo, en efecto, que se prohibiera a la Administración Pública adoptar una resolución correcta desde la perspectiva del Derecho comunitario, cosa a lo que, en definitiva, está obligada.

37. Esta solución ofrece igualmente una respuesta al problema planteado en la vista oral por el representante de la Comisión consistente en si, en presencia de una no adaptación del Derecho nacional a una directiva, la referida institución no disfruta, al mismo tiempo, de la posibilidad de interponer un recurso por incumplimiento por inadaptación del Derecho nacional a la directiva, por un lado, y por inaplicación de la misma, por otro. En la medida en que, como opinamos, la Administración no está obligada a aplicar directamente una disposición de una directiva, no cabe interponer recurso por incumplimiento alguno del Tratado. En este punto se diferencian, precisamente, una directiva y un reglamento. La Administración de un Estado miembro tiene no sólo la facultad, sino incluso la obligación de aplicar este último, aunque contravenga el Derecho nacional, ya que, a este respecto, la Administración se beneficia de la protección que le ofrece el artículo 184 del Tratado CEE, en el sentido de que no ofrecen duda alguna ni el efecto obligatorio ni la aplicabilidad directa del reglamento. La aplicación de semejantes disposiciones entra dentro del ámbito normal de competencias de toda Administración.

36. La única cuestión que se plantea es si puede imponérsele, a tal efecto, una obligación de Derecho comunitario. Nosotros estimamos que es preciso responder negativamente a dicha cuestión, ya que la Administración Pública no está legitimada para dirigirse al Tribunal de Justicia en vía prejudicial y hacer proclamar la aplicabilidad directa de la disposición de la directiva objeto del litigio. Cuando aplica disposiciones de una directiva directamente aplicables, sin reparar en el Derecho nacional contrario, la Administración actúa por su cuenta y riesgo, sin poder solicitar el amparo del Tribunal de Justicia. Estimamos que la Administración

38. En nada se opone a la opinión que acabamos de expresar lo alegado en sentido contrario, que, fundamentalmente, se basa en la desaparición de las diferencias entre reglamento y directiva; y ello en la medida en que tampoco se impone a la Administración la obligación de aplicar la directiva directamente aplicable. De la misma manera, el hecho de que la Administración Pública no disponga de vía procesal alguna para recurrir directamente al Tribunal de Justicia tampoco plantea problema de ningún tipo. Dicha Administración sólo aplicará una dis-

posición directamente aplicable cuando haya adquirido la convicción de que, en un supuesto concreto, no ofrece duda alguna la aplicación directa de la disposición de que se trata. En este caso, la Administración actuará como órgano de ejecución del Derecho comunitario. Por lo demás, a los órganos legislativos les sigue incumbiendo la obligación de adaptar el ordenamiento jurídico interno, ya que únicamente la adaptación correcta del Derecho nacional a la directiva genera la obligación para la Administración Pública de atenerse a lo previsto en la misma.

39. Una resolución judicial anterior plantea una problemática análoga. Si el conflicto de normas ya ha recibido una solución *in abstracto*, nada se opone a que la Administración Pública aplique, de hecho, la norma directamente aplicable; tanto más cuanto que ya no estaría materialmente habilitada para, en perjuicio de un particular, ampararse en una norma contraria al Derecho comunitario.¹⁸ No es necesario que esta solución provenga de un órgano jurisdiccional nacional; puede provenir igualmente de una sentencia dictada con anterioridad por el Tribunal de Justicia en vía prejudicial. Bien es cierto que el efecto *erga omnes* de las sentencias dictadas en procedimientos prejudiciales es meramente formal; ahora bien, también lo es que, en relación con sentencias que, dictadas dentro de la vía abierta por el artículo 177 del Tratado CEE, resuelvan una cuestión relativa a la validez de un acto, la sentencia, aunque su destinatario directo sea el Juez *a quo*, constituye una razón suficiente para que cualquier otro Juez, a efectos de la resolución que haya de dictar, considere el acto inválido. El Tribunal de Justicia apoya su fallo en las exigencias derivadas de la aplicación uniforme del Derecho comunitario y de la seguridad jurídica.¹⁹ El particular debe igualmente tener derecho a invocar una directiva ante la Ad-

ministración, y ésta debe estar facultada para acceder a esta demanda.

40. A la luz de estas condiciones estrictas, una disposición directamente aplicable de una directiva puede contemplarse, por lo que respecta a sus efectos, como cualquier otra disposición de Derecho comunitario de alcance general. Al haberse ya resuelto el conflicto de normas en virtud del principio de jerarquía normativa, no ha lugar a elevar de nuevo el asunto a Tribunal alguno.

41. Considerando que la aplicabilidad directa del apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305 ya ha sido reconocida en una sentencia prejudicial,²⁰ puede concluirse, en relación con las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia en el caso de autos, que la Administración estaba facultada para aplicar directamente el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305. No obstante, la sentencia a que acabamos de referirnos se dictó una vez que las autoridades competentes adoptaran una resolución.²¹

42. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ya había declarado no ajustado a Derecho un procedimiento automático de exclusión de una oferta «anormalmente de forma manifiesta baja». ²² Para la autoridad administrativa de que se trata existe, por consiguiente, un motivo jurídico de fondo para no aplicar una disposición que contemple un sistema de exclusión meramente aritmético.

43. Si, por consiguiente, puede concluirse que la autoridad administrativa estaba facultada por el Derecho comunitario para inaplicar la norma jurídica nacional impugnada; de lo expuesto no se deduce, no obstante, que estaba obligada a proceder así. En la medida, en efecto, en que subsistieran dudas en relación con la aplicabilidad del Derecho comunitario, es preciso reconocer

18 — Véase la sentencia dictada en el asunto 5/84, *op. cit.*, p. 612, apartados 37 y 38.

19 — Sentencia de 13 de mayo de 1981, SpA International Chemical Corporation/Amministrazione delle finanze dello Stato, (66/80, Rec. 1981, p. 1191, apartados 12 y 13).

20 — Véase la sentencia dictada en el asunto 31/87, *op. cit.*

21 — La sentencia correspondiente al asunto 31/87 se dictó el 20 de septiembre de 1988, mientras que la resolución impugnada se adoptó el 24 de julio de 1987 (resolución de remisión de 16 de febrero de 1987, párrafo 1 de la «Relación de hechos»).

22 — Sentencia dictada en el asunto 76/81, *op. cit.*, p. 417.

a la Administración la posibilidad de solicitar ulteriores aclaraciones. Incluso los órganos jurisdiccionales disfrutaban de plena libertad para, tras una primera sentencia dictada en vía prejudicial, plantear al Tribunal de Justicia cuestiones nuevas con el fin de obtener ulteriores aclaraciones; facultad ejercitable tanto cuando la sentencia se haya dictado en relación con el mismo litigio como cuando tenga su origen en un litigio distinto.

Costas

44. Dado que el litigio tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por los Gobiernos español e italiano y por la Comisión no pueden ser objeto de reembolso.

C. Conclusiones

45. 1) El procedimiento de verificación contemplado en el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305 para el supuesto de una «oferta que manifieste un carácter anormalmente bajo» es indispensable y, por consiguiente, la norma interna de adaptación del ordenamiento jurídico nacional a la directiva debe recogerlo necesariamente (cuestión A). Por el contrario, corresponde al legislador nacional elaborar una definición más precisa de lo que cabe entender por «oferta que manifieste un carácter anormalmente bajo» (cuestión C).
- 2) Los Estados miembros están, en principio, facultados para modificar una norma adoptada con el fin de adaptar el ordenamiento nacional a la directiva, siempre y cuando dicha norma, por su contenido, quede dentro de los límites trazados por aquélla. La forma y medios de adaptación deberán determinarse exclusivamente de conformidad con el Derecho nacional (cuestión B).
- 3) Cuando las disposiciones internas de adaptación sean incompatibles con la Directiva, la Administración disfruta de la facultad, e, incluso, cuando el contenido y el objeto de las disposiciones ya hayan sido aclarados en otra resolución judicial, está obligada a no aplicar el Derecho interno. No obstante, cuando subsistan dudas sobre el Derecho aplicable, las autoridades administrativas siempre podrán solicitar de los Tribunales ulteriores aclaraciones, pudiendo utilizar, a tal efecto, todas las vías procesales de Derecho interno (cuestión D).