

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

presentadas el 27 de noviembre de 2007¹

I. Introducción

1. El Consiglio di Stato (Consejo de Estado) de la República Italiana, al amparo del artículo 234 CE, pregunta a este Tribunal de Justicia si el artículo 30, apartado 4, de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras,² trasciende la propia Directiva y rige también la atribución de los contratos no comprendidos en su ámbito de aplicación.

2. La sentencia de 27 de noviembre de 2001, Lombardini y Mantovani,³ interpretando dicho precepto, tildó de «fundamental» que cada licitador sospechoso de haber depositado una oferta anormalmente baja haga valer su opinión, aportando las justificaciones pertinentes (apartado 53).

3. En este reenvío se intenta dilucidar si aquella norma de derecho positivo encierra un principio general del orden comunitario, operativo en la contratación administrativa con independencia de su sometimiento a las Directivas sectoriales.⁴

4. El alto tribunal italiano plantea el dilema en una tesitura muy particular: una regulación interna que obliga a la exclusión automática de ese tipo de ofertas en los procedimientos de adjudicación de los contratos de cuantía inferior a la indicada en las Directivas, a la que se añade una práctica mediante la que, en esta clase de contratos, algunos licitadores influyen en el desenlace del concurso,

1 — Lengua original: español.

2 — DO L 199, p. 54.

3 — Asuntos C-285/99 y C-286/99, Rec. p. I-9233.

4 — Además de la Directiva 93/37 en cuanto al contrato de obras, está la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976 (DO 1977, L 13, p. 1; EE 17/01, p. 29), después modificada por la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993 (DO L 199, p. 1), para el contrato de suministro. Los contratos de servicios y la coordinación de sus procedimientos de adjudicación se contemplaban en la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992 (DO L 209, p. 1). Estas normas [modificadas por la Directiva 97/52/CE (DO L 328, p. 1)] han sido codificadas y fusionadas en un único texto: la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, de servicios y de obras (DO L 134, p. 114).

con el ardid⁵ de confabularse para presentar presupuestos parejos con el fin de provocar un determinado umbral de anomalía y dejar fuera a otros aspirantes.

5. Este incidente prejudicial reviste, pues, gran trascendencia, ya que se refiere a los principios generales del derecho comunitario, pero no olvida que la solución sólo puede fundarse en el sistema jurídico de la Unión Europea. En ambas dimensiones debe moverse el Tribunal de Justicia, facilitando al órgano jurisdiccional italiano una respuesta eficaz para resolver el litigio.

II. El marco jurídico

A. *El derecho comunitario*

6. Los artículos 43 CE y 49 CE proclaman, respectivamente, las libertades de

establecimiento y de prestación de servicios. La Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971,⁶ que puso en marcha la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de contratación pública, asumió como empeño básico, según subrayaba su primer considerando, la realización simultánea de aquellas dos libertades. Esta Directiva, que regía únicamente para los contratos de importe igual o superior a un millón de unidades de cuenta (octavo considerando), señaló como criterios de adjudicación el del precio inferior o el de la opción económicamente más ventajosa (artículo 29, apartado 1) y presagió que habría ofertas anormalmente bajas, posibilitando su exclusión, previa audiencia del licitador temerario (artículo 29, apartado 5).

7. Al interpretar este último precepto, el Tribunal de Justicia resolvió que el rechazo sólo se adoptaría después de brindar al empresario la oportunidad de aclarar su propuesta, es decir, una vez tramitado un procedimiento contradictorio de verificación, repudiando, por tanto, los descartes automáticos.⁷

5 — Este tipo de ardidés han existido siempre y Homero, *Odisea*, Ed. Gredos, trad. de José-Manuel Pavón, Madrid, 1993, relata múltiples ejemplos de la proverbial astucia de Ulises, como en la aventura del canto IX, cuando el héroe, prisionero de Polifemo, lo emborracha y le cuenta que se llama Ninguno; aprovechando la somnolencia provocada por el vino, Ulises le clava en su único ojo una estaca de olivo candente; ante los gritos de auxilio del ciclope, sus congéneres le preguntan qué le ocurre, quién le ataca, a lo que Polifemo responde «Ninguno me mata por dolos», malogrando así que acudieran en su defensa. (verso 408, p. 239).

6 — Directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 185, p. 5; EE 17/01, p. 9).

7 — Así lo entendió la sentencia de 22 de junio de 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Rec. p. 1839), apartados 16, 18 y 19, que prohibió las eliminaciones de oficio mediante criterios mecánicos (punto 1 de la parte dispositiva), doctrina reiterada en la sentencia de 18 de junio de 1991, Donà Alfonso (C-295/89, Rec. p. I-2967). Había el antecedente de la sentencia de 10 de febrero de 1982, Transporoute (76/81, Rec. p. 417), apartado 18.

8. La Directiva 71/305 experimentó sucesivas y dispersas modificaciones,⁸ lo que aconsejaba su codificación, acometida también para salvaguardar las libertades de establecimiento y de prestación de servicios (segundo considerando) por la Directiva 93/37. Aplicable a los contratos a partir de 5 millones ECU (artículo 6, apartado 1) y fiel a los criterios de adjudicación precedentes (artículo 30, apartado 1), esta Directiva 93/37 reprodujo el tenor del antiguo artículo 29, apartado 5, con ligeras alteraciones, en el artículo 30, apartado 4:

«Si, para un contrato determinado, alguna oferta se estima anormalmente baja, con relación a la prestación, antes de rechazarla, el poder adjudicador solicita, por escrito, las precisiones oportunas sobre la composición de la oferta y verifica esta composición a la luz de las justificaciones aportadas.

El poder adjudicador aprecia las justificaciones que hagan referencia a la economía del procedimiento de construcción, a las soluciones técnicas aprobadas, a las condiciones excepcionalmente favorables de que disfrute el licitador para la ejecución de las obras o a la originalidad del proyecto.

Si los documentos relativos al contrato disponen la adjudicación al precio más bajo, el poder adjudicador comunica a la Comisión el rechazo de las ofertas demasiado bajas.

[...]»

9. La Directiva 2004/18, que los Estados miembros debían trasponer antes del 31 de enero de 2006 (artículo 80, apartado 1), ha derogado la Directiva 97/37, desde el 31 de marzo de 2004 (artículos 82 y 83). En la adjudicación de los contratos de obras cuyo precio ascienda al menos, a 5.278.000 EUR [artículo 7, letra c)],⁹ los poderes adjudicadores están facultados para omitir las propuestas anormalmente bajas, mediando la tramitación de un procedimiento contradictorio de comprobación (artículo 55, apartados 1 y 2).

B. *La normativa italiana*

10. El apartado 4 del artículo 30 de la Directiva 97/37 fue incorporado al derecho

8 — Una afectó al artículo 29, apartado 5, con nueva redacción desde la Directiva 89/440/CEE, de 18 de julio de 1989 (DO L 210, p. 1).

9 — Según la redacción del Reglamento (CE) n° 2083/2005 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2005 (DO L 333, p. 28).

italiano por el artículo 21, apartado 1 *bis*, de la Ley nº 109/1994, de 11 de febrero de 1994, Ley marco en materia de obras públicas,¹⁰ añadido a su redacción originaria por el artículo 7 de la Ley nº 216/1995, de 2 de junio.¹¹ Conforme a ese precepto:

«En los casos de adjudicaciones de contratos públicos de obras por valor igual o superior a 5 millones de ecus, según el criterio del precio más bajo, contemplado en el apartado 1, la Administración interesada evalúa la anomalía de las ofertas a las que alude el artículo 30 de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, en relación a todas las ofertas que supongan una baja igual o superior a la media aritmética de las rebajas porcentuales de todas las ofertas admitidas, con exclusión del 10 %, redondeado a la unidad superior, de las ofertas que contengan respectivamente la mayor y la menor rebaja, incrementada en la diferencia media aritmética de las bajas porcentuales que superen la precitada media.

La Administración pública pondera, en un plazo de sesenta días desde la presentación de las ofertas, las justificaciones sustentadas en la economía del procedimiento de construcción, en las soluciones técnicas emprendidas o en las condiciones especialmente favorables de que disfrute el licitador, con exclusión, en todo caso, de las apreciaciones

sobre todos aquellos elementos cuyos valores mínimos se fijan en disposiciones legales, reglamentarias o administrativas o se señalan en catálogos oficiales.

Las ofertas se acompañan de las justificaciones sobre los componentes más significativos del precio, obrantes en el anuncio de licitación o en la invitación escrita, cuyo importe conjunto no sea inferior al 75 % del importe base de la licitación.

Sólo para los contratos de obras públicas de cuantía inferior al umbral comunitario, la Administración interesada excluye automáticamente del concurso las ofertas con una rebaja porcentual igual o superior a la del primer párrafo de dicho apartado. Este régimen de exclusión automática no se aplica cuando el número de ofertas válidas sea menor de cinco.»¹²

10 — *Gazzeta Ufficiale della Repubblica Italiana* (en lo sucesivo, «GURI») nº 41, de 19 de febrero de 1994, p. 5.

11 — GURI nº 127, de 2 de junio de 1995, p. 3. Este texto legal es el resultado de la convalidación, con modificaciones, del Decreto-ley nº 101/1995, de 3 de abril, sobre normas urgentes en materia de obras públicas (GURI nº 78, de 3 de abril de 1995, p. 8).

12 — Redacción introducida por el artículo 7 de la Ley nº 415/1998, de 18 de noviembre de 1998 (GURI nº 284, de 4 de diciembre de 1998, suplemento ordinario. p. 5).

11. El Decreto Legislativo nº 163, de 12 de abril de 2006,¹³ desarrolla en el ordenamiento nacional la Directiva 2004/18. En los preceptos sobre las ofertas excesivamente bajas (artículos 86 a 88) ha desaparecido el último párrafo del artículo 21, apartado 1 *bis*, de la Ley nº 109/94.

sobrepasaban el referido umbral. Los anuncios de licitación corroboraban el criterio del mayor descuento, previa verificación de las proposiciones irregulares, sin descartar de manera automática, en virtud del acuerdo de 28 de enero de 2003, las anormalmente bajas. Sus propuestas resultaron las primeras entre las «correctas», pero, antes de decidir, la entidad municipal constató la seriedad de las que parecían anómalas, resolviendo atribuir los contratos a otros concurrentes.

III. Los litigios principales

12. En acuerdo de 28 de enero de 2003, el Ayuntamiento de Turín optó por dejar sin efecto *pro futuro* el artículo 21, apartado 1 *bis*, de la Ley nº 109/94, para eludir la exclusión automática de las ofertas anormalmente bajas, de modo que, en la adjudicación de obras municipales, incluidas las que no alcanzaban el umbral comunitario, tales ofertas se comprobarían conforme al procedimiento contradictorio instaurado en la Directiva 93/37.

14. Ambas compañías recurrieron ante el Tribunale amministrativo regionale de Piemonte y adujeron que el artículo 21, apartado 1 *bis*, de la Ley nº 109/94 prescinde mecánicamente de las ofertas anómalas, impidiendo a las entidades adjudicadoras oír a sus autores y examinarlas antes de rehusarlas. El órgano jurisdiccional no compartió ese argumento y desestimó las demandas, porque, en su opinión, el precepto autoriza la eliminación automática de las ofertas anormalmente bajas, pero no lo impone, por lo que nada obsta a que la Administración contratante escuche a sus autores y las coteje.

13. Las sociedades italianas SECAP SpA (asunto C-147/06) y Santorso Soc. Coop. arl. (asunto C-148/06) participaron en sendos concursos públicos convocados por la mencionada corporación para la ejecución de ciertos trabajos,¹⁴ cuyos importes no

15. El Consiglio di Stato, encargado de los recursos interpuestos por las demandantes, apoya su tesis y censura la interpretación del tribunal regional, pero no permanece insensible a las exigencias del derecho

13 — GURI nº 100, de 2 de mayo de 2006.

14 — La transformación de un antiguo palacio en albergue de juventud (4.699.999 euros) y la recalificación ambiental de la calle Francia, entre las plazas Statuto y Bernini (5.172.579 euros), respectivamente.

comunitario, alegadas por el Ayuntamiento de Turín, por lo que, al abrigo del artículo 234 CE, plantea al Tribunal de Justicia las siguientes preguntas:

«1) ¿Constituye un principio fundamental del derecho comunitario la norma del artículo 30, apartado 4, de la Directiva 93/37/CEE o la análoga del artículo 55, apartados 1 y 2, de la Directiva 2004/18/CE (si se entiende que este último es pertinente), a cuyo tenor, cuando las ofertas parezcan anormalmente bajas con relación a la prestación, antes de rechazarlas, el poder adjudicador está obligado a solicitar por escrito las precisiones oportunas sobre su composición y a verificarlas según las justificaciones aportadas?

2) Si la respuesta a la cuestión anterior fuera negativa, la norma del artículo 30, apartado 4, de la Directiva 93/37/CEE o la análoga del artículo 55, apartados 1 y 2, de la Directiva 2004/18/CE (si se entiende que este último es pertinente), a cuyo tenor, cuando las ofertas parezcan anormalmente bajas con relación a la prestación, antes de rechazarlas, el poder adjudicador está obligado a solicitar por escrito las precisiones oportunas sobre su composición y a verificarlas según las justificaciones aportadas, aunque no reúne las cualidades de un principio

fundamental del derecho comunitario, ¿es un corolario implícito o un «principio derivado» del principio de competencia, en relación con los de transparencia administrativa y de no discriminación por razón de nacionalidad y, por tanto, en cuanto tal, está dotado de carácter vinculante inmediato y prevalece sobre las normas internas eventualmente divergentes, promulgadas por los Estados miembros para regular los contratos de obras públicas no comprendidos en el ámbito de aplicación directa del derecho comunitario?»

IV. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia

16. El presidente del Tribunal, en auto de 10 de mayo de 2006, acumuló los dos asuntos, en atención a su conexión objetiva.

17. Las empresas demandantes en los procesos principales, el Ayuntamiento de Turín, los Gobiernos italiano, alemán, austriaco, eslovaco, francés, lituano y neerlandés, así como la Comisión, han depositado observaciones escritas, de diversa orientación, aunque susceptibles de aglutinarse en dos categorías: la que milita bajo la égida del Ayuntamiento de Turín, entre

las que se incluyen Lituania, Eslovaquia¹⁵ y la Comisión, y la de todos los demás participantes en este reenvío, que patrocinan respuestas negativas a las cuestiones prejudiciales. Han comparecido en la vista sustanciada el 25 de octubre de 2007, para exponer oralmente sus alegaciones, los representantes de Santorso Soc. coop. arl, del Ayuntamiento de Turín, de los Gobiernos de Italia, Alemania y Lituania, así como el de la Comisión.

V. Análisis de las cuestiones prejudiciales

18. Las dos preguntas del Consiglio di Stato se reducen, en la práctica, a una sola para dirimir si el artículo 30, apartado 4, de la Directiva 93/37, que somete a un debate contradictorio las ofertas anormalmente bajas antes de decidir sobre su eventual exclusión, rige en los contratos exceptuados de su ámbito de aplicación; en otras palabras, si, para esta clase de contratos, el citado precepto se opone a que los Estados miembros decreten la eliminación automática de aquel tipo de ofertas.

15 — Aunque con algunos matices frente a la postura de Lituania y de la corporación de Turín, toda vez que, postulando el rechazo de la primera cuestión prejudicial, el Gobierno eslovaco se resiste a disociar la regla del artículo 30, apartado 4, de la Directiva 93/37 de los principios instaurados por el Tratado, convergiendo así con la decisión municipal.

19. Conviene, pues, indagar la naturaleza de esa regla para determinar si se integra en el derecho comunitario originario, trascendiendo la Directiva 93/37.

A. El punto de partida

20. La pesquisa se asienta sobre unos sólidos cimientos, firmemente anclados en la jurisprudencia, que ya he examinado;¹⁶ los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos que, por diferentes causas (cuantitativas o conceptuales), quedan al margen de las Directivas sobre la materia no escapan a la disciplina del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, de suerte que sus principios fundamentales y, en especial, las libertades básicas de circulación, se erigen en barreras infranqueables.

21. Esta idea, plasmada en el segundo considerando de la Directiva 2004/18,¹⁷

16 — Conclusiones de 8 de noviembre de 2006 en el asunto C-412/04, Comisión/Italia, en el que aún no ha recaído sentencia (puntos 44 a 47).

17 — «La adjudicación de los contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está sujeta al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, a los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como a los principios que de estas libertades se derivan, como el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia [...]»

ha adquirido cierta solera en los anales del Tribunal de Justicia.¹⁸ La sentencia de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress,¹⁹ declaró que las entidades contratantes están obligadas a respetar las normas del Tratado en la atribución de los contratos excluidos del ámbito de las Directivas sectoriales (apartado 60),²⁰ doctrina reiterada en la sentencia de 18 de junio de 2002, HI (apartado 47),²¹ y asumida más recientemente, con la mayor naturalidad, sin invocación de precedente alguno, en la sentencia de 21 de julio de 2005, Coname.²²

hecho de que los procedimientos especiales y rigurosos de las Directivas no sean apropiados para los contratos de escaso valor no implica que el derecho comunitario los ignore, ya que también han de acatar el Tratado (apartados 19 a 21),²⁴ si revisten interés para los operadores establecidos en otros Estados miembros.²⁵ La sentencia de 20 de octubre de 2005, Comisión/Francia,²⁶ insistió en esta línea (apartado 33).

22. A su vez, el auto de 3 de diciembre de 2001, Vestergaard,²³ subrayó que el mero

18 — También en la Comisión, concretamente en la «Comunicación interpretativa sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública» (DO 2006, C 179, p. 2, en especial, pp. 5 y 6).

19 — Asunto C-324/98, Rec. p. I-10745.

20 — En ese asunto, de 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), reemplazada por la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 (DO L 134, p. 1).

21 — Asunto C-92/00, Rec. p. I-5553. En realidad, esta sentencia, más que a un contrato excluido de una directiva, se refirió a un trámite no contemplado en la norma: el Tratado exigía una vía de recurso contra la decisión de cancelar la licitación, no reflejada en la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministro y de obras (DO L 395, p. 33), en su versión modificada por la Directiva 92/50.

22 — Asunto C-231/03, Rec. p. I-7287. El apartado 16 de esta sentencia recordó que la adjudicación de una concesión de esta índole (para la gestión del servicio público de distribución de gas por una sociedad de capital mayoritariamente público) no se rige por ninguna de las directivas que regulan el ámbito de los contratos públicos. A falta de una norma específica, deben analizarse las consecuencias del derecho comunitario en la adjudicación de tales concesiones a la luz del derecho primario y, singularmente, de las libertades fundamentales del Tratado. En el mismo sentido se pronunciaron las sentencias de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen (C-458/03, Rec. p. I-8585), apartado 46, y de 6 de abril de 2006, ANAV (C-410/04, Rec. p. I-3303), apartado 18.

23 — Asunto C-59/00, Rec. p. I-9505.

23. La fijación de un umbral económico para el sometimiento a las Directivas sobre contratos se basa en una presunción: los de reducida cuantía no atraen a los operadores establecidos allende las fronteras nacionales; carecen, pues, de envergadura comunitaria. Pero esta presunción, *iuris tantum*, admite prueba en contrario, por lo que, como aduce la Comisión en sus observaciones escritas, no cabe desechar que un contrato de escaso valor seduzca a los empresarios foráneos, en función, por ejemplo, del lugar de ejecución, próximo a su país, o porque beneficie su estrategia comercial.

24 — Dicha resolución calificó de contraria al artículo 28 CE la cláusula del pliego de condiciones de un contrato de obras de cuantía mínima, que requería, sin mayor explicación, la utilización de productos de cierta marca.

25 — Apartado 20, *a contrario sensu*, de la sentencia Coname.

26 — Asunto C-264/03, Rec. p. I-8831.

24. Así pues, no puede negarse el carácter convencional de aquel límite cuantitativo, por lo que nada obsta a que un contrato de importe inferior llame la atención en otros Estados miembros, introduciendo el factor que desencadena la atracción del derecho comunitario y de sus objetivos. Consecuentemente, los procedimientos de adjudicación de estos contratos, que, pese a su magro interés, alcanzan trascendencia europea han de ajustarse a los principios del Tratado, sin perjuicio de que los de precio superior a las cantidades indicadas en las Directivas se atengan a las disposiciones de coordinación más estrictas.²⁷

25. Una de tales disposiciones, la del artículo 30, apartado 4, de la Directiva 93/37, aplicable *ratione temporis* a los litigios principales, reiterada en el artículo 55, apartados 1 y 2, de la Directiva 2004/18, veda la exclusión automática de las ofertas anormalmente bajas. Pues bien, el Consiglio di Stato quiere saber si esta prohibición es una regla fundamental del derecho comunitario o, al menos, un corolario del principio de competencia en relación con los de transparencia administrativa y de no discriminación por la nacionalidad, cuyo respeto preside también la adjudicación de los contratos no comprendidos en las repetidas Directivas.

B. *Menos que un principio fundamental...*

26. Las nociones «principio fundamental» o «norma fundamental», empleadas por la jurisprudencia que he citado, tienen un contenido muy preciso. No aluden a todo elemento axiológico latente en el Tratado; tampoco a cualquier medida aprobada para lograr sus fines; se emplazan justamente entre ambos extremos, en la letra del derecho originario, allí donde el «constituyente» comunitario situó las metas que se proponía con los medios primordiales para conseguirlas. Una somera lectura de los artículos 2 CE y 3 CE revela que se refieren al tránsito sin restricciones de personas, mercancías, servicios y capitales, instaurado a través de las correspondientes libertades de circulación (artículos 23 CE, 43 CE y 49 CE), a las que se agrega, como valor transversal que inspira un proyecto de integración entre varios países, la abolición de toda discriminación por la nacionalidad (artículo 12 CE).

27. Esta tesis, semejante a la del segundo considerando de la Directiva 2004/18, se adivina también en los pronunciamientos reseñados. La sentencia *Telaustria y Telefonadress* invocó ese principio de trato igualitario entre los nacionales de los diferentes Estados miembros (apartado 60); además la sentencia *HI* aludió a las libertades de

27 — Conviene rememorar la segunda parte del segundo considerando de la Directiva 2004/18.

establecimiento y de prestación de servicios (apartados 42 y 47); el auto Vestergaard acudió como *ratio decidendi* a la otra libertad de circulación, la de mercancías (apartado 21); y la sentencia Coname recurrió de nuevo a los artículos 43 CE y 49 CE, para rechazar una discriminación indirecta por la nacionalidad.

28. Si bien se mira, los «principios fundamentales» del Tratado, capaces de modular la potestad de los Estados miembros en los procedimientos de adjudicación de los contratos excluidos de la coordinación emprendida por las Directivas sectoriales, coinciden con los evocados por estas mismas Directivas en sus preámbulos, que han sido enfatizados por el Tribunal de Justicia.

29. Esta circunstancia, por lo demás, no debe extrañar a nadie, ya que, como el considerando segundo de la Directiva 2004/18 recalca, sus prescripciones derivan de aquellos principios, pues las Directivas reseñadas persiguen un fin inmediato limitado, la mencionada coordinación procedimental, para implantar una competencia objetiva en la contratación pública,²⁸ en aras de la realización de las libertades esenciales de la integración europea. Más en particular, se pretende suprimir las trabas a la libre circulación, protegiendo los intereses de los opera-

dores económicos de un Estado miembro que desean vender bienes o servicios a las entidades adjudicadoras de otros Estados miembros.²⁹

30. El reverso de esta imagen deja percibir que el empeño es doble: eliminar el riesgo de que se otorgue preferencia a los licitadores nacionales (*buy national*) y de que el órgano competente para la adjudicación se guíe por estimaciones ajenas a las financieras³⁰ (así, el criterio primordial de adjudicación es siempre el de la oferta más baja o la económicamente más ventajosa).

31. En este contexto, la primera cuestión prejudicial sólo merece una respuesta negativa, ya que la eliminación automática, en la adjudicación de un contrato público de obras, de las ofertas anormalmente bajas no supone una máxima nuclear del Tratado, pues las expresadas libertades básicas o la referida

29 — Sentencias de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding (C-360/96, Rec. p. I-6821), apartado 41; de 3 de octubre de 2000, University of Cambridge (C-380/98, Rec. p. I-8035), apartado 16; y de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia (C-237/99, Rec. p. I-939), apartado 41.

30 — Sentencias de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros (C-44/96, Rec. p. I-73), apartado 33; BFI Holding, apartado 42; University of Cambridge, apartado 17; y Comisión/Francia (C-237/99), apartado 42.

28 — Sentencia Fratelli Costanzo, apartado 18.

prohibición de discriminación no requieren en toda circunstancia y con carácter absoluto oír al licitador que emite una oferta de esa índole antes de que se decida su suerte.

32. Entre otros motivos, porque el principio de eficacia, activo también en el derecho comunitario de la contratación pública, impone su lógica. A la postre, la gestión de intereses generales demanda esa eficacia, que en ocasiones, no soporta el ritmo de un procedimiento de selección colmado de garantías.³¹

C. ...pero más que una mera regla de derecho positivo

1. Los principios implícitos

33. El artículo 30, apartado 4, de la Directiva 93/37 tampoco incorpora una precaución discrecional del legislador, incluso caprichosa, sin conexión externa alguna, que bien podría no haber existido.

31 — Punto 30 de mis conclusiones de 5 de junio de 2001 en el asunto en el que se dictó la sentencia Lombardini y Mantovani.

34. Ya he avanzado que la sentencia Lombardini y Mantovani calificó de «fundamental» el trámite de audiencia organizado en esa norma.³² Tras el adjetivo se esconde la convicción de que la verificación contradictoria de las ofertas anormalmente bajas resulta imprescindible para lograr una competencia real en la contratación pública, garantizando las libertades de circulación, lo que conlleva, según señalo en las conclusiones de ambos asuntos, la participación de los postulantes en pie de igualdad, sin asomo alguno de discriminación (punto 24).

35. La proscripción de cualquier discriminación, singularmente si enarbola la nacionalidad como pretexto, implica una obligación de transparencia, asegurando a todo licitador potencial una publicidad adecuada para extender el mercado a la competencia y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación, según puso de manifiesto la sentencia de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S (apartados 61 y 62).³³

32 — La propia sentencia subrayó que, conforme al precepto debatido, incumbe a la entidad adjudicadora identificar las ofertas sospechosas, dar a las empresas afectadas la oportunidad de demostrar su seriedad, valorar la pertinencia de las informaciones facilitadas y tomar la decisión de rechazarlas o de admitirlas (apartado 55).

33 — Asunto C-275/98, Rec. pág. I-8291. En esta orientación se situaron también las sentencias Telaustria y Telefonoadress (apartados 61 y 62) y Parking Brixen (apartado 49).

36. En esta tesitura parece legítimo preguntarse, como hace el Consiglio di Stato, si el reiterado artículo 30, apartado 4, de la Directiva 93/37, pese a no expresar un principio fundamental del derecho de la Unión Europea, trasluce uno de sus corolarios irrenunciables, al que deben sujetarse los contratos administrativos, con independencia de su sometimiento a las Directivas, siempre que revistan interés comunitario

37. En otros términos, si la exclusión automática de las ofertas anómalas conculca esos corolarios, ¿cabría aplicar la regla controvertida a los contratos que no entran en el ámbito de la Directiva 93/37?

2. Los licitadores y la noción de oferta anormalmente baja

38. La noción de oferta anormalmente baja no se construye con perfiles abstractos; al contrario, se define por referencia al contrato que se ha de adjudicar, en relación con la prestación³⁴ sobre la que recae. Reúne, pues, las notas de un concepto jurídico indeterminado, impreciso *a priori*, pero predecible en función de las peculiaridades del objeto negocial.

39. Esta característica se acentúa en el sistema italiano, que profundiza la noción, atendiendo al contenido del negocio y a la factura de las diferentes propuestas, mediante un mecanismo matemático de fijación del umbral de anomalía.

40. Los concursantes, que, gracias a la propaganda, saben de la prestación y de su naturaleza, elaboran sus proyectos reservadamente, de manera que cada uno es el conocedor exclusivo del suyo. Por lo general, teniendo en cuenta que el sistema prima la oferta más baja o la económicamente más ventajosa, se aportan presupuestos muy ajustados, en busca del precio más reducido, aun a costa de mermar el beneficio empresarial.

41. Por tanto, todos asumen idéntico riesgo de que su oferta, una vez abiertas las plicas, se integre entre las anómalas.

42. Pero este equilibrio se rompe cuando uno o varios competidores disfrutan de los elementos de juicio pertinentes para incidir en la fijación del umbral de anomalía, quebrando así la ecuanimidad imprescindible.

34 — Punto 32 de las conclusiones Lombardini y Mantovani.

3. Las prácticas colusorias en la presentación de las ofertas

necen en pie de igualdad, sin que ninguno juegue con ventaja para preparar su proposición (puntos 33 y 35). Así pues, el rechazo directo, sin oportunidad de explicarse, de los licitadores irregulares a nadie discriminaría.

43. El Consiglio di Stato, ponderando los hechos aducidos por el Ayuntamiento de Turín, esboza un cuadro, que este Tribunal de Justicia no puede ignorar, en el que la exclusión automática de las rebajas irrazonables, ineludible a tenor del último párrafo del artículo 21, apartado 1 *bis*, de la Ley nº 109/1994, incentiva los acuerdos colusorios entre las empresas para influir *ex ante* en el resultado del proceso selectivo.

46. Mas el juicio varía si, en virtud de pactos torticeros, un grupo de empresarios, de ordinario los que operan en el mercado territorial del contrato, se conciertan para confeccionar presupuestos homogéneos, con diferencias infinitesimales, otorgando la cualidad de anormalmente bajos a los de los concurrentes marginados de la argucia, sin posibilidad de defenderse ni de acreditar la solvencia de su opción.

44. Ante este panorama el derecho comunitario no se mantiene al margen.

47. Se compromete así la transparencia y la sana competencia, postulados del derecho comunitario en el sector de los contratos públicos, pues, cuando los perjudicados estén establecidos en otros Estados miembros, deben tener la ocasión de comentar su posición si no se quiere incurrir en una discriminación repudiada en el Tratado. El Ayuntamiento de Turín ha expuesto en la vista de este proceso prejudicial que, tras la decisión de no aplicar la normativa nacional, se ha producido una reducción significativa de las ofertas realizadas con el propósito de alterar la libre competencia.

45. Parece evidente que la mecánica eliminación de las ofertas que, conforme al primer párrafo del referido precepto, se revelen anormalmente bajas no es en sí misma discriminatoria, dada su objetividad. Expongo en las conclusiones Lombardini y Mantovani que la legislación italiana introduce un dispositivo aritmético y automático de fijación del umbral de anomalía, adaptado perfectamente al diseño de la Directiva 93/37, favoreciendo que el mercado localice para cada contrato el límite a partir del que una oferta se reputa fuera de norma. Todos los aspirantes perma-

48. En suma, los postulados citados exigen que, en la adjudicación de los contratos con

relevancia comunitaria, la Administración contratante atiende, en el seno de un debate contradictorio, las alegaciones de los empresarios cuyas ofertas se hayan calificado de anormalmente bajas. Se oponen, pues, a una normativa nacional que, para los contratos de cuantía inferior al umbral de las Directivas sectoriales, impone la exclusión automática de esas ofertas, sin trámite de audiencia.

de la Unión Europea³⁵ proclama en el artículo 41, dentro del capítulo V, dedicado a la ciudadanía. El apartado 2 de este precepto reconoce el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en su contra una medida individual.

4. El derecho a una buena administración

49. A la anterior dimensión, objetiva y abstracta, que trasciende los intereses individuales de los empresarios inmersos en un proceso de selección, se añade otra subjetiva, en la que sus derechos y, en particular, la prohibición de indefensión en el procedimiento administrativo adquieren gran relevancia.

51. La Carta, cuya importancia destacó el Tribunal de Justicia en fechas recientes, especialmente en la sentencia de 27 de junio de 2006, Parlamento/Consejo,³⁶ y en la sentencia de 8 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld*,³⁷ requiere que el licitador, antes de ser eliminado, exponga su opinión para convencer al poder adjudicador de la corrección de su propuesta.

50. Esa prohibición de indefensión está expresamente aceptada en el orden^o jurídico de todos los Estados miembros y forma parte del derecho a una buena administración, que la Carta de los Derechos Fundamentales

52. Coincido con la Comisión en que este derecho, aisladamente entendido, no supone escuchar siempre al empresario presuntamente temerario, puesto que, en principio, ya está protegido con el examen imparcial de las ofertas, conforme a criterios predeterminados, objetivos y no discriminatorios. Pero un concursante en riesgo de ser preterido por el concierto de otros padece una desventaja, agravada si, además, no se le deja hacer alegaciones.

35 — DO 2000, C 364, p. 1.

36 — Asunto C-540/03, Rec. p. I-5769.

37 — Asunto C-303/05, Rec. p. I-3633. Sobre la naturaleza de la Carta, los puntos 76 a 79 de mis conclusiones en dicho asunto.

53. Así pues, el derecho a ser oído por la Administración suministra argumentos para desechar una exclusión automática de las ofertas anormalmente bajas, pues, como he indicado, la noción de «anormalidad» representa un concepto jurídico indeterminado, que se completa en cada supuesto en función de las peculiaridades concurrentes.

54. Por tanto, el derecho a una buena administración desaconseja suprimir la verificación contradictoria de las ofertas antes de pronunciarse sobre su pertinencia, aun en los contratos marginados de las Directivas sectoriales, pues conllevaría una disminución de las garantías instauradas en las llamadas Directivas «recursos».³⁸

5. El margen de maniobra de los Estados miembros

55. De todo lo expuesto se deduce que el derecho comunitario se opone a una regu-

lación nacional que exige a los poderes adjudicadores el rechazo automático de las ofertas anormalmente bajas en los contratos públicos para los que no rigen las Directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación; recomienda, por el contrario, brindar a tales poderes la ocasión de valorar, dependiendo de las circunstancias de cada caso, la conveniencia de iniciar un trámite de audiencia para comprobar de manera contradictoria, su estructura.³⁹

56. Mas, la autonomía de los Estados miembros los libera de seguir el cauce del artículo 30, apartado 4, de la Directiva 93/37, permitiéndoles definir los medios para proteger los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los ciudadanos, sin más límites que los derivados de los principios de equivalencia y de efectividad, a saber: los procedimientos no pueden ser menos favorables que los previstos para la tutela de los derechos basados en el orden interno y han de organizarse de modo que no hagan en la práctica difícil o casi imposible la finalidad perseguida.⁴⁰

38 — La Directiva 89/665, ya citada, y la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, que coordina las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas relativas a la aplicación de las normas comunitarias en materia de procedimiento de contratación de los entes responsables del suministro de agua y energía y de los entes que proporcionan servicios de transporte, así como de los que operan en el sector de las telecomunicaciones (DO L 76, p. 14).

39 — La sentencia de 7 de octubre de 2004, Sintesi (C-247/02, Rec. p. I-9215), censuró una normativa nacional que sujetaba los órganos de contratación a un único criterio de adjudicación de los contratos públicos de obras, privándolos de apreciar la naturaleza y las peculiaridades de tales contratos, según el criterio más idóneo para asegurar la libre competencia y seleccionar así la mejor oferta (apartado 40).

40 — En una constante jurisprudencia, de la que la sentencia de 16 de diciembre de 1976, Rewe (33/76, Rec. p. 1989), significa el primer eslabón.

VI. Conclusión

57. En atención a las precedentes reflexiones, sugiero al Tribunal de Justicia responder al Consiglio di Stato de la República Italiana, declarando que:

«Los principios de libre competencia, de transparencia administrativa y de no discriminación por razón de la nacionalidad, que inspiran el derecho comunitario de la contratación pública, así como el derecho a una buena administración, se oponen a una normativa nacional que, en el procedimiento de adjudicación de los contratos públicos excluidos de las Directivas sobre la materia, constriñe al poder adjudicador a rechazar automáticamente las ofertas anormalmente bajas, sin ninguna posibilidad de verificación contradictoria.»