

públicos de obras de determinadas ofertas valoradas según un criterio matemático, en lugar de obligar a los órganos de contratación competente a aplicar el procedimiento de verificación contradictorio previsto en la Directiva.

Los Estados miembros pueden establecer con carácter obligatorio la verificación de las ofertas cuando se manifiesten como anormalmente bajas y no únicamente cuando manifiestamente revistan un carácter anormalmente bajo.

Al igual que al Juez nacional, a la Administración Pública, incluida la Administración Local, le incumbe la obligación de aplicar lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305 del Consejo, así como la de no aplicar aquellas disposiciones de Derecho nacional que infrinjan dicho precepto.

2. Cuando las disposiciones de una Directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean lo suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando éste no haya adaptado el Derecho nacional a la Directiva dentro del plazo señalado, bien cuando haya procedido a una adaptación incorrecta.

Cuando se den los requisitos exigidos para que los particulares puedan invocar las disposiciones de una Directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales, todos los órganos de la Administración Pública, incluso los no integrados en la Administración Central, como pueda ser el caso de un municipio, están obligados a aplicar dichas disposiciones.

INFORME PARA LA VISTA presentado en el asunto 103/88 *

I. Hechos y procedimiento

ción de los mercados públicos de obras (DO L 185 p. 5; EE 17/03, p. 9).

A. *Hechos y normativa aplicable*

A tenor de lo previsto en la referida disposición:

En el presente asunto se enjuicia la manera cómo Italia ha adaptado su Derecho nacional a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305 del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudica-

«Si para un contrato determinado, las ofertas manifiestan un carácter anormalmente bajo, con relación a la prestación, el poder adjudicador verificará la composición de esas ofertas antes de adjudicar el contrato. Tendrá en cuenta dicha verificación.

* Lengua de procedimiento: italiano.

Con este propósito, solicitará al participante facilitar justificaciones necesarias y le señalará, en su caso, aquéllas que se juzguen inaceptables.

Si los documentos relativos al contrato estipulan la adjudicación al precio más bajo, el poder adjudicador deberá justificar ante el comité de consulta instituido por Decisión del Consejo de 26 de julio de 1971 el rechazo de las ofertas que se consideren demasiado baratas.»

El apartado 5 del artículo 29 de la Directiva se hizo efectivo en Derecho Italiano, en un primer momento, en virtud del párrafo 3 del artículo 24 de la Ley nº 584, de 8 de agosto de 1977, por la que se establecen disposiciones de adaptación de los procedimientos de adjudicación de contratos administrativos de obras a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (GURI nº 232, de 26.8.1977, p. 6272). A tenor de esta disposición:

«Si en un contrato público dado, las ofertas se revelasen anormalmente bajas respecto de la prestación, el órgano de contratación competente, tras requerir al oferente para que presente las justificaciones oportunas y señalarle, llegado el caso, las que se estimen inaceptables, verificará la composición de las ofertas, pudiendo llegar a excluirlas si estimare que no son válidas. En este último supuesto, y en caso de que el anuncio de licitación contemple como criterio de adjudicación el menor precio, el órgano de contratación competente deberá comunicar el rechazo de las ofertas, así como los motivos de la misma, al Ministerio de Obras Públicas, el cual elevará el contenido de la referida comunicación al comité consultivo para los contratos públicos de obras de la Comunidad Económica Europea, dentro del plazo contemplado en el párrafo 1 del artículo 6 de la presente Ley.»

Posteriormente, en 1987, el Gobierno italiano adoptó sucesivamente tres Decretos-Ley que modificaron transitoriamente el párrafo 3 del artículo 24 de la Ley nº 584 (Decreto-Ley nº 206, de 25 de mayo de 1987, GURI nº 120 de 26.5.1987, p. 5; Decreto-Ley nº 302 de 27 de julio de 1987, GURI nº 174 de 28.9.1987, p. 3; Decreto-Ley nº 393, de 25 de septiembre de 1987, GURI nº 225 de 26.9.1987, p. 3).

Estos tres Decretos-Ley contienen sendos artículos 4 de idéntico tenor y en virtud de los cuales:

«Con el fin de acelerar los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras y durante un plazo de dos años a partir de la fecha de entrada en vigor del presente Decreto, se considerarán anormales, en el sentido propio del párrafo 3 del artículo 24 de la Ley nº 584, de 8 de agosto de 1977, excluyéndose de la licitación aquellas ofertas que ofrezcan una reducción de un porcentaje superior a la media de los porcentajes de las ofertas admitidas, aumentado en un porcentaje que deberá indicarse en el anuncio de licitación.»

Estos Decretos-Ley perdieron vigencia al no convertirse en ley dentro del plazo contemplado por la Constitución italiana. No obstante, una ley ulterior precisó que subsistían en vigor los actos adoptados según los referidos Decretos-Ley (apartado 2 del artículo 1 de la Ley nº 478, de 25 de noviembre de 1987, GURI nº 277 de 26.11.1987, p. 3).

La liga italiana de fútbol ha sido la encargada de organizar el campeonato del mundo de dicho deporte, que tendrá lugar

en 1990. Milán figura entre aquellos municipios en cuyo territorio se desarrollarán las pruebas del campeonato.

Ante la perspectiva de esta competición, el Pleno del Ayuntamiento de Milán decidió, el 21 de julio de 1987, efectuar obras de ampliación, modernización y cobertura del estadio «G. Meazza», por un importe estimado de 82 043 643 386 LIT.

Se decidió igualmente que se procedería a la adjudicación mediante un procedimiento de licitación restringido. El criterio de adjudicación previsto era el contemplado en la ya citada letra a), apartado 2 del artículo 24 de la Ley nº 584, de 8 de agosto 1977; es decir, el relativo al precio más bajo derivado del descuento de mayor cuantía respecto del importe estimado.

De la misma manera, el Pleno del Ayuntamiento también decidió que, «de conformidad con el artículo 4 del Decreto-Ley nº 206, de 25 de mayo de 1987, se considerarán anormales y, por consiguiente, se excluirán de la licitación, aquellas ofertas que incluyan una reducción de un porcentaje superior a la media de los porcentajes de las ofertas admitidas, aumentada en diez puntos».

En el acta de la deliberación del Pleno del Ayuntamiento se afirmaba igualmente que el Estado financiaría las obras hasta un importe de 43 millones de LIT, a condición de que aquéllas se realizasen entre el 15 de octubre de 1987 y el 31 de octubre de 1989.

El anuncio de licitación se publicó el 3 de agosto de 1987 (GURI, foglio inserzioni, nº 179, p. 25) y en él se enunciaban las diferentes modalidades aprobadas por el Pleno municipal y, en especial, la cláusula

relativa a la exclusión automática de ofertas anormales.

Las empresas admitidas a la licitación presentaron unas ofertas que resultaron superiores en un 19,48 % a la media del importe estimado de las obras. De conformidad con el anuncio de licitación, debían excluirse automáticamente aquellas ofertas que no superaran en un 9,48 %, como mínimo (es decir, el aumento medio del 19,48 %, reducido en un 10 %), el importe estimado de las obras.

La sociedad Fratelli Costanzo SpA (en lo sucesivo, «Costanzo»), parte demandante en el litigio principal, forma parte de una agrupación compuesta por varias empresas italianas y una empresa española, que presentó una oferta de cara a obtener la adjudicación de las obras de que se trata. La oferta presentada por la referida agrupación era inferior en un 2,16 % al importe estimado de las obras. Las restantes ofertas rebasaban, en distinta medida, dicho importe estimado.

Mediante resolución de 6 de octubre de 1987, la Comisión de Gobierno del Municipio de Milán excluyó la oferta presentada por la agrupación de la que Costanzo forma parte. Esta decisión de exclusión se adoptó de acuerdo con el artículo 4 del Decreto-Ley nº 393, de 25 de septiembre de 1987, que, en el ínterin, había sustituido al Decreto-Ley nº 206, de 25 de mayo de 1987, al que se hacía referencia en el anuncio de licitación. En aplicación del artículo 4 del Decreto-Ley nº 393, la oferta se consideró anormalmente baja, en el sentido propio del citado artículo 24 de la Ley nº 584, de 8 de agosto de 1977, excluyéndose automáticamente de la licitación.

En la misma resolución, la Comisión municipal de Gobierno adjudicaba las obras a una agrupación de empresas de la que forma parte la sociedad Impresa Ing. Lodigiani SpA (en lo sucesivo, «Lodigiani»). La oferta presentada por esta agrupación superaba en un 9,85 % el importe estimado; satisfaciendo, de esta manera, la condición de superar, como mínimo en un 9,48 %, el importe estimado (aumento medio de un 19,48 %, reducido en un 10 %). La oferta presentada por Lodigiani era la más baja entre las que cumplían este requisito.

El Pleno del Municipio de Milán ratificó la resolución de la Comisión de Gobierno el 26 de octubre de 1987.

Costanzo impugnó las resoluciones del Pleno municipal y de la Comisión de Gobierno ante el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia. La empresa recurrente alegaba la ilegalidad de las resoluciones impugnadas porque se fundaban en un Decreto-Ley que infringía el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305. En efecto, el Decreto-Ley no podía prever la exclusión automática de aquellas ofertas consideradas como anormalmente bajas, en la medida en que la Directiva únicamente autorizaba la exclusión de las referidas ofertas previa tramitación de un procedimiento contradictorio.

Lodigiani intervino en el litigio en defensa de la validez de las resoluciones impugnadas.

Con posterioridad a la interposición del recurso, Italia promulgó una Ley por la que se recoge con carácter permanente una disposición análoga a la contemplada en los Decretos-Ley por un período de vigencia de dos años. Esta nueva normativa prevé la exclusión automática de las ofertas «que contengan una reducción de un porcentaje superior a la media de las ofertas admitidas,

umentada en un porcentaje que no podrá ser inferior al 5 % y que deberá indicarse en el anuncio de licitación»

(Ley nº 67, de 11 de marzo de 1988, GURI, Suplemento ordinario, de 14.3.1988, p. 26).

B. Las cuestiones prejudiciales

Mediante resolución de 16 de diciembre de 1987, el Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia acordó suspender la tramitación del procedimiento y, en aplicación del artículo 177 del Tratado, plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«A. Considerando que, de conformidad con el artículo 189 del Tratado CEE, lo dispuesto en una directiva puede contemplar el “resultado que deba conseguirse” [en lo sucesivo, “disposiciones de resultado”] o a “la forma y los medios” para alcanzar un determinado resultado [en lo sucesivo “disposiciones de forma y medios”], se solicita al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que se pronuncie sobre si el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305 del Consejo, de 26 de julio de 1971 [en la medida en que prevé que en el supuesto de que una oferta sea anormalmente baja, el órgano de contratación competente “verificará la composición” de la misma, debiendo requerir del oferente que le comunique las justificaciones necesarias y debiendo igualmente señalarle las que estime inaceptables], es una “*disposición de resultado*” en virtud de cuya naturaleza, y en cualquier caso, la República italiana debía adaptar a la misma su Derecho nacional, sin poder modificarla sustancialmente en punto alguno [lo que, de hecho, tuvo lugar tras la entrada en vigor del apartado 3 del artículo 24 de la Ley nº 584, de 8 de agosto de 1977] o si constituye una “*disposición de forma y medios*”, de tal manera que la República Italiana estaba facultada para establecer disposiciones de carácter especial en virtud de las cuáles el oferente debía ser *automáticamente*

excluido de la licitación en caso de que presentara una oferta anormalmente baja, sin proceder a una “verificación de la composición” y sin solicitar “justificación” alguna al oferente [de una “oferta anormal”].

nitarias [y que, por consiguiente, son actos normativos “subprimarios” en relación con los cuales, y ante el silencio de los textos, no puede no aplicarse el principio de la necesaria motivación de los actos normativos “primarios”].

B. En el supuesto de que se responda negativamente a la cuestión A [en el sentido de que el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305 es “una disposición de forma y medios”], se solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre si:

C. Se solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre si existe algún tipo de divergencia entre lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305 y las siguientes disposiciones:

B.1. tras adaptar el ordenamiento jurídico nacional a la citada disposición mediante la Ley nº 584, de 8 de agosto de 1977, sin modificarla en punto sustancial alguno en lo relativo al procedimiento que ha de seguirse en el supuesto de que se presente una oferta anormalmente baja, la República Italiana estaba aún facultada para modificar las disposiciones internas de adaptación; es decir, y en concreto, si el 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 [de idéntico tenor en todos ellos], podía modificar el artículo 24 de la Ley nº 584, de 8 de agosto de 1977;

a) el apartado 3 del artículo 24 de la Ley nº 584, de 8 de agosto de 1977 [este último hace referencia a ofertas “anormalmente bajas”, cuando la Directiva es de aplicación a aquellas ofertas que, “manifiestamente”, revistan un carácter anormalmente bajo, no previendo la verificación de la composición de la oferta sino cuando se dé el carácter “manifiestamente” anormal de la misma; etc];

B.2. si el 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 [de idéntico tenor en todos ellos], podía modificar el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305, teniendo presente la manera cómo la Ley nº 584, de 8 de agosto de 1977, adaptó a la misma el Derecho nacional sin motivación alguna al respecto; puesto que si los actos normativos comunitarios han de motivarse [artículo 190 del Tratado CEE], también deberán modificarse los actos *normativos* “internos” adoptados en aplicación de disposiciones comu-

b) los respectivos artículos 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 [estos últimos, contrariamente a lo previsto en el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva, excluyen la verificación previa de la composición, con la solicitud de información adicional dirigida a la parte afectada; por otra parte, los Decretos-Ley arriba mencionados *no* hacen referencia *alguna* a ofertas “manifiestamente” anormales, incurriendo, por este motivo, al igual que la Ley nº 584, de 8 de agosto de 1977, en un vicio de legalidad].

D. [En el supuesto de que el Tribunal de Justicia estimara que las citadas disposiciones contenidas en los actos normativos italianos arriba mencionados infringen lo dis-

puesto en el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305], se solicita al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre si la Administración Local disfrutaba de la facultad o le incumbía la obligación de inaplicar las disposiciones internas contrarias a dicha norma comunitaria [previa consulta, llegado el caso, a la Administración central] o si dicha facultad u obligación de inaplicación corresponde únicamente al Juez nacional.»

C. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

La resolución de remisión del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia se registró en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 30 de marzo de 1988.

Conforme al artículo 20 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, presentaron observaciones escritas el Municipio de Milán, parte demandada en el litigio principal, el 6 de junio de 1988, representado por los Sres. P. Marchese, C. Lopopolo y S. Ammendola, Abogados; el Gobierno del Reino de España, el 8 de julio de 1988, representado por el Sr. J. Conde de Saro y la Sra. R. Silva de Lapuerta, en calidad de Agentes; la Comisión de las Comunidades Europeas, el 11 de julio de 1988, representada por el Sr. G. Berardis, miembro de su Servicio Jurídico, en calidad de Agente; Lodigiani, el 15 de julio de 1988, representada por los Sres. E. Zauli y G. Pericu, Abogados; Costanzo, parte demandante en el litigio principal, el 20 de julio de 1988, representada por los Sres. L. Acquarone, M. Ali, F. P. Pugliese, M. Annoni y G. Ciampoli, Abogados, y el Gobierno de la República Italiana, el 21 de julio de 1988, representada por el Profesor L. Ferrari Bravo, Jefe del Servicio de lo contencioso diplomático del Ministerio de Asuntos Exteriores, en calidad de Agente asistido por el Sr. I. M. Braguglia, Avvocato dello Stato.

Visto el informe del Juez Ponente y oído el Abogado General, el Tribunal de Justicia decidió iniciar la fase oral del procedimiento sin previo recibimiento a prueba.

II. Observaciones escritas presentadas ante el Tribunal de Justicia

Sobre la primera cuestión (obligación de adaptar el Derecho nacional al apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305 sin modificar esta última en punto sustancial alguno)

Según Costanzo, el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305 pretende conciliar dos objetivos: por un lado, proteger al órgano de contratación competente contra aquellos oferentes que, por error o mala fe, hayan presentado ofertas exageradamente bajas; por otro lado, hacer posible que los oferentes especialmente competitivos puedan demostrar la seriedad de su oferta. Un criterio de exclusión automático no tiene en cuenta este último aspecto. El respeto de los objetivos a que responde el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305 exige que el procedimiento nacional de no aceptación de ofertas comprenda todas las fases previstas en el referido artículo.

El *Municipio de Milán* recuerda que las directivas únicamente vinculan a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba alcanzarse. Por consiguiente, puede afirmarse que el Derecho nacional se adecúa plenamente a una directiva a partir del momento en que aquél garantiza la realización de los objetivos perseguidos por esta última. En el caso de autos, el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva responde al objetivo de que la exclusión de ofertas anormalmente bajas tenga lugar de conformidad con un procedimiento que ofrezca garantías de objetividad. Basta con que las disposiciones que adapten el ordenamiento nacional garanticen la realización de este objetivo, sin

que en las mismas deban contemplarse todas las fases del procedimiento previsto en la norma comunitaria.

Lodigiani observa que, en el caso de autos, no se trata de comprobar si Italia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del apartado 5 del artículo 29 de la Directiva, al adaptar su ordenamiento nacional a lo previsto por esta última; de manera que, antes de interrogarse sobre el margen de apreciación que la Directiva ofrece a los Estados miembros, sería más acertado plantearse si dicha Directiva reúne los requisitos exigidos para que los particulares puedan invocarla ante órganos jurisdiccionales nacionales. *Lodigiani* esgrime tres argumentos en contra de que el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva sea una disposición generadora de efecto directo. En primer lugar, no se trata de una norma que otorgue derechos o imponga obligaciones a los particulares, sino una norma de Derecho objetivo. En segundo lugar, la referida disposición no es susceptible de ser contemplada aisladamente y aplicarse en tanto que tal; condición a la que, en sentencia de 19 de enero de 1982 (*Becker*, 8/81, Rec. 1982, p. 53), el Tribunal de Justicia subordinó el reconocimiento de efecto directo. Por último, dicho Tribunal únicamente ha reconocido efecto directo a disposiciones contenidas en Directivas cuando este reconocimiento beneficiaba a los particulares. Sin embargo, en el caso de autos, *Lodigiani*, adjudicataria de la licitación, ya ha invertido cantidades considerables, dada la urgencia de las obras; razón por la cual, sus intereses se verían seriamente afectados si se revocase la adjudicación como consecuencia del efecto directo de la disposición comunitaria de que se trata.

El *Gobierno Italiano* estima que, tratándose de directivas, carece de utilidad distinguir entre «disposiciones de resultado» y «disposiciones de forma y medios». Es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia

que, con carácter general, la adaptación del Derecho nacional a una directiva no exige la reproducción formal y textual de ésta en Derecho interno. Basta con que su aplicación se garantice de manera lo suficientemente clara y precisa como para que, llegado el caso, los particulares puedan invocar ante órganos jurisdiccionales nacionales los derechos conferidos por la Directiva. El problema de la adecuación del apartado 5 del artículo 29 de este texto deberá resolverse precisamente, en respuesta a la tercera cuestión, aplicando este criterio general.

Para el *Gobierno español*, el hecho de que el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva enumere con precisión las diferentes fases que deben integrarse en el procedimiento que conduzca a la exclusión de ofertas anormalmente bajas, implica que, so pena de infringir la disposición comunitaria de que se trata, los procedimientos nacionales deben contemplar todas estas fases. Recuerda el aludido Gobierno que, en sentencia de 10 de febrero de 1982 (*Transporoute*, 76/81, Rec. 1982, p. 417), el Tribunal de Justicia declaró que infringe el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva una legislación nacional que no imponga al órgano de contratación competente la obligación de solicitar al oferente que justifique una oferta que se presente como anormalmente baja.

La *Comisión* observa que habría sido más lógico formular en primer lugar la tercera cuestión, cuyo objeto es la adecuación de la legislación italiana al apartado 5 del artículo 29 de la Directiva y no abordar la primera sino a continuación. Aunque la primera cuestión pone el acento en las obligaciones de los Estados miembros destinatarios de la Directiva, el problema que, de hecho, plantea es el relativo al efecto directo de la disposición comunitaria de que se trata. Lo mismo da, en efecto, afirmar que una disposición contenida en una directiva es lo sufi-

cientemente clara, precisa y no sujeta a condiciones como para que los particulares puedan invocarlas ante los Tribunales; o que los Estados miembros están obligados a adaptar sus Derechos nacionales a la referida directiva sin poder modificarla en punto alguno. En el caso que nos ocupa, el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva es lo suficientemente preciso y está lo suficientemente no sujeto a condiciones como para generar efecto directo. Por otra parte, la sentencia de 10 de febrero de 1982 (Transporoute, ya citada) confirma que, tratándose de la adaptación del ordenamiento jurídico nacional a la referida disposición, los Estados miembros no disfrutan de facultad discrecional alguna.

Sobre la segunda cuestión (facultad de un Estado miembro de modificar la normativa de adaptación del Derecho nacional a lo dispuesto en una directiva y obligación de motivar dicha modificación)

A la cuestión de si, con posterioridad a la adopción de la Ley nº 584, de 8 de agosto de 1977, mediante la que Italia adaptó el Derecho nacional al apartado 5 del artículo 29 de la directiva, dicho Estado disfrutaba aún de la facultad de modificar la normativa de adaptación, Costanzo, el *Municipio de Milán*, Lodigiani y el *Gobierno italiano*, proponen que se responda que un Estado miembro puede modificar en todo momento una normativa de adaptación del ordenamiento nacional a lo dispuesto en una directiva, siempre que la modificación resultante respete adecuadamente el tenor de esta última. El *Gobierno español* no aborda la cuestión. Según la *Comisión*, no ha lugar a responder a la cuestión, dado que ésta se planteó en el supuesto erróneo de que el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva no generara efecto directo.

En lo relativo a la obligación para un Estado miembro de motivar un acto que modifique una adaptación anterior del Derecho

nacional a lo dispuesto en una directiva, Costanzo estima que esta parte de la segunda cuestión carece de objeto, en la medida en que, como se desprende de la respuesta por ella misma avanzada a la primera parte de la cuestión, un Estado miembro puede en todo momento modificar su legislación, siempre que la nueva normativa garantice una adaptación correcta del Derecho nacional a lo dispuesto en la directiva. Lodigiani y el *Gobierno Italiano* sostienen que el Tribunal de Justicia carece de competencia para responder a esta parte de la cuestión, dado que las disposiciones de adaptación a lo dispuesto en una directiva son disposiciones nacionales cuya validez únicamente puede apreciarse a la luz del ordenamiento jurídico interno. El *Municipio de Milán* y el *Gobierno español* no abordan el problema. La Comisión considera que no ha lugar a responder a la cuestión, puesto que únicamente se planteó en el supuesto de que el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva no generase efecto directo, supuesto que es erróneo.

Sobre la tercera cuestión (adecuación de la legislación italiana al apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305)

— Adecuación del párrafo 3 del artículo 24 de la Ley nº 584, de 8 de agosto de 1977, que prevé la verificación de las ofertas que resulten anormalmente bajas, al apartado 5 del artículo 29 de la Directiva, que únicamente prescribe la verificación de aquellas ofertas que manifiestamente revistan una carácter anormalmente bajo.

Costanzo, Lodigiani y la Comisión estiman que la disposición nacional de que se trata se adecúa a lo dispuesto en la Directiva. La divergencia revelada por el Juez nacional es de índole meramente terminológica. La Directiva exige que se proceda a la verificación

únicamente cuando existan indicios concretos de que la oferta es anormalmente baja. La disposición nacional satisface esta exigencia al subordinar el trámite de verificación a que la oferta resulte anormalmente baja.

El *Municipio de Milán* afirma que la disposición nacional de que se trata se adecua a lo dispuesto en la Directiva, mientras que el *Gobierno español* es de un parecer contrario. No obstante, ninguno de los dos desarrolla su postura al respecto.

El *Gobierno Italiano* considera que la primera parte de la tercera cuestión es inadmisibile en la medida en que la resolución impugnada no se fundamenta en el artículo 24 de la Ley nº 584, de 8 de agosto de 1977, sino en el artículo 4 del Decreto-Ley nº 393, de 25 de septiembre de 1987. Por consiguiente y a efectos de la sentencia que ponga término al procedimiento nacional, no es necesario pronunciarse sobre si la Ley de 1977 se adecúa o no a la Directiva.

— Adecuación de los artículos 4 de los Decretos-Ley nº 206, nº 302 y nº 393 al apartado 5 del artículo 29 de la Directiva.

Costanzo observa que los artículos 4 de los Decretos-Ley a que se refieren los autos no contemplan ninguna de las fases del procedimiento contradictorio prescrito por el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva; desconociendo, de esta manera, uno de los objetivos que persigue esta última disposición, a saber, permitir a los oferentes más competitivos probar la seriedad de su oferta. Ahora bien, el noveno considerando de la exposición de motivos de la Directiva 71/305 resalta expresamente la necesidad de una competencia objetiva en el sector de los

contratos públicos. Los artículos 4 de los Decretos-Ley comprometen la realización de este objetivo de la Directiva, siendo por ello incompatibles con ésta.

El *Municipio de Milán* estima que el procedimiento previsto en el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva es imperfecto en la medida en que obliga a los órganos de contratación competentes a proceder a controles complejos para los que no dispone de medios adecuados; siendo, por otra parte, causa de retrasos considerables. Por el contrario, un criterio matemático de exclusión como el contemplado en la legislación italiana presenta la doble ventaja de la objetividad absoluta y de la rapidez en su aplicación. Así pues, la legislación italiana garantiza una adaptación correcta del ordenamiento nacional al apartado 5 del artículo 29 de la Directiva, puesto que ofrece un trato objetivo a los oferentes, de manera más eficaz que la propia disposición comunitaria.

Lodigiani alega que carece de interés profundizar en la cuestión de la adecuación de los artículos 4 de los Decretos-Ley al apartado 5 del artículo 29 de la Directiva, en la medida en que, de la respuesta que procede dar a la primera cuestión, se desprende que esta última disposición no genera efecto directo. *Lodigiani* afirma, no obstante, que, en su opinión, los Decretos-Ley son compatibles con la Directiva, la cual, en el apartado 5 de su artículo 29, no hace otra cosa que describir un modelo posible de procedimiento de exclusión, pero sin imponer a los Estados miembros la obligación de adecuar su ordenamiento nacional al mismo, sin poderlo modificar en punto alguno. Sólo un reglamento habría podido imponer un procedimiento uniforme del tipo aludido en todos los Estados miembros. Ahora bien, el apartado 2 del artículo 57 del Tratado, que sirve de fundamento a la directiva 71/305, prevé expresamente la adopción de una directiva y no de un reglamento. Por consiguiente, el Consejo no podía armonizar los procedimientos nacionales, sino meramente

coordinarlos. Así pues, los referidos procedimientos nacionales son compatibles con la Directiva a partir del momento en que, como en el caso de autos, son aptos para realizar el objetivo perseguido por ella.

El *Gobierno italiano* observa que es absolutamente necesario salvaguardar los derechos de los licitadores, mediante las correspondientes garantías de procedimiento, en aquellos casos en que el sistema de exclusión de ofertas anormalmente bajas otorgue una potestad discrecional considerable a los órganos de contratación competentes. Por el contrario, cuando, como en el caso de autos, la exclusión se efectúa aplicando un criterio matemático, este último basta para evitar toda arbitrariedad siendo, por lo tanto, inútil prever, además, un procedimiento contradictorio de verificación. De lo dicho, el Gobierno italiano deduce que los artículos 4 de los Decretos-Ley, que prevén un criterio matemático del tipo aludido, se adecúan a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva; puesto que, en efecto, se adecúan al objetivo perseguido por esta disposición, que, como señaló el Tribunal de Justicia en sentencia de 10 de febrero de 1982 (Transporoute, ya citada), no es otro que «proteger al oferente contra la arbitrariedad del órgano de contratación competente» (*traducción provisional*).

El *Gobierno español* considera que los artículos 4 de los Decretos-Ley objeto del litigio infringen el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva, en la medida en que no contemplan todas las fases de procedimiento previstas en la disposición comunitaria. La protección de los derechos de los oferentes exige que el Derecho interno se adapte plenamente al procedimiento comunitario.

La *Comisión* expresa igualmente la opinión de que infringe el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva toda normativa nacional que, en el procedimiento de exclusión de ofertas

anormalmente bajas, no incluya todas las fases de procedimiento contempladas en dicha disposición, para lo cual se apoya en la sentencia de 10 de febrero de 1982 (Transporoute, ya citada), en la que el Tribunal de Justicia declaró no adaptada a la Directiva una normativa nacional que no obligaba al órgano de contratación competente a solicitar del oferente justificaciones adicionales, en relación con aquellas ofertas que pudieran resultar anormalmente bajas.

Sobre la cuarta cuestión (obligación de la administración nacional de inaplicar una disposición de Derecho interno que infrinja lo dispuesto en una directiva generadora de efecto directo)

En opinión de *Costanzo*, los particulares han de poder invocar ante las autoridades administrativas nacionales aquellas disposiciones de una Directiva que generen efecto directo. El efecto directo de estas disposiciones vincula a todos los poderes públicos, incluida la Administración.

El *Municipio de Milán* estima que las directivas únicamente imponen obligaciones a los Estados miembros, siendo a éstos a quienes incumbe adoptar adecuadamente el ordenamiento jurídico nacional. La Administración nacional únicamente debe aplicar disposiciones de adaptación de Derecho interno, sin que pueda inaplicarlas en favor de lo dispuesto en una directiva. Esta solución se desprende de la distinción contemplada en el artículo 189 del Tratado entre directivas y reglamentos, siendo predicable tan sólo de estos últimos la aplicabilidad inmediata. Por otra parte, la Constitución italiana exige que las leyes se apliquen, a no ser que el Tribunal Constitucional las declare inconstitucionales. Por último, el principio unánimemente reconocido de subordinación del Poder ejecutivo al Poder legislativo se opone a

la inaplicación de una ley por la Administración.

Según *Lodigiani*, la cuestión no es procedente. No compete al Tribunal de Justicia, sino a los ordenamientos jurídicos nacionales determinar si los órganos administrativos deben hacer primar una directiva generadora de efecto directo sobre el Derecho interno contrario.

El *Gobierno italiano* observa que la cuarta cuestión únicamente se planteó para el supuesto de que de la respuesta a la tercera cuestión se dedujera que los Decretos-Ley infringen el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva. Dado que, según dicho Gobierno, no existe tal infracción, la cuarta cuestión carece de objetivo. Con carácter subsidiario, el mismo Gobierno afirma que la presente cuestión prejudicial escapa al ámbito competencial del Tribunal de Justicia, al no contemplar cuestión de interpretación alguna del ordenamiento comunitario ni ser necesaria para que el órgano jurisdiccional nacional pueda dictar sentencia en el caso de autos.

El *Gobierno español* no aborda la cuarta cuestión prejudicial.

La *Comisión* recuerda que el ordenamiento jurídico nacional debe garantizar la tutela de aquellos derechos que una directiva generadora de efecto directo reconozca a los particulares. Corresponde, no obstante, a cada uno de los ordenamientos jurídicos nacionales establecer si dicha tutela ha de garantizarse a nivel administrativo. Señala la Comisión, a este respecto, que no es tarea fácil establecer si las disposiciones de una directiva generan efecto directo, correspondiendo esta tarea únicamente al Juez, en colaboración con el Tribunal de Justicia. En cualquier caso, el Derecho comunitario exige que los particulares puedan invocar el efecto directo de las directivas ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

R. Joliet
Juez Ponente