

La adaptación portuguesa al Derecho comunitario europeo de la contratación pública

1. Los años 1998 y 1999 han sido de una importancia decisiva para la transposición portuguesa de las Directivas Comunitarias sobre contratación pública. En efecto, diversas normas legales se han dirigido a temas importantes de la legislación comunitaria europea (algunos de ellos, incluso, se han abordado por primera vez) y a su adaptación al sistema nacional. En concreto, nos referimos a los siguientes:

- a) Decreto-Ley nº 134/1998, de 15 de mayo, sobre *medios de recurso*, dirigido específicamente a la transposición de la Directiva 89/665/CEE;
- b) Decreto-Ley nº 59/1999, de 2 de marzo, nuevo régimen de *contratación de ejecución y concesiones de obras públicas*;
- c) Decreto-Ley nº 197/1999, de 8 de junio, que contiene un nuevo régimen de *realización de gasto público* por contratación de obras, compra de bienes y prestación de servicios, así como de nuevas reglas para la adjudicación de contratos públicos de suministros y servicios.

Las dos últimas normas se anuncian como pretendiendo realizar la transposición de la Directiva 97/52/CE, así como para corregir las deficiencias de recepción de normas de Directivas pendientes.

Portugal continúa con retraso en cuanto a la transposición de la legislación comunitaria sobre los *ex-sectores excluidos*¹, y no ha introducido normas generales de adaptación a la liberalización del transporte ferroviario, aunque ya existan inversiones ejecutadas en ese ámbito, en los términos de una ley especial² y se haya creado un organismo regulador, el Instituto Nacional de Transporte Ferroviario³.

2. Si consideramos las varias actualizaciones del ordenamiento jurídico portugués, se podría constatar, sin gran dificultad⁴, que la mayor parte de la turbulencia en la evolución de nuestro sistema no debe ser imputada a las necesidades de transposición de la legislación comunitaria europea. Como sucede en otros Estados, una inconcebible proliferación de normas constituye desde hace algunos años en Portugal una de las características más negativas de su ordenamiento jurídico. Y lo cierto es que se mantiene y acentúa⁵ la tendencia hacia el aumento de normas en cada texto legal temático.

En realidad, desde 1986, Portugal tuvo tres nuevos regímenes completos de contratación y concesión de obras públicas: uno de 1986⁶, otro de 1993⁷ y, finalmente, de 1999⁸. Sin embargo, buena parte de estos regímenes repiten soluciones de los anteriores, al tener como referencia la codificación realizada para las normas sobre contratación de obras públicas (formación y ejecución del contrato), por el Decreto-Ley n° 48871, de 19 de febrero de 1969⁹.

¹ Este artículo fue finalizado el 14 de marzo de 2000, cuando se supo que el actual Gobierno se prepara para aprobar una norma que transponga, de una sola vez, las Directivas 92/13/CEE y 93/38/CEE. Esperamos que no se olvide la materia de la Directiva 98/4/CE.

² La travesía ferroviaria del Tajo, en Lisboa, ya en explotación comercial por un concesionario, cuya regulación se plasmó en el Decreto-Ley 274/1998, de 5 de septiembre.

³ Por el Decreto-Ley n° 299-B/1998, de 29 de septiembre.

⁴ Para una visión general, aunque centrada sobre todo en el concurso público, véase *O Concurso Público nos Contratos Administrativos*, por Margarida OLAZÁBAL CABRAL (Almedina, Coimbra, 1997).

⁵ Dos normativas que mencionaremos y utilizaremos frecuentemente en este texto, sobre la realización de gasto público y adjudicación de contratos públicos de abastecimiento de bienes y adquisición de servicios (el Decreto-Ley n° 55/1995, de 29 de marzo y el Decreto-Ley n° 197/1999, de 8 de junio) *se refieren a la misma materia*, habiendo la segunda derogado la primera. La norma de 1999 tiene 209 artículos, es decir, exactamente cien más (!!) que su predecesor, al que le habían bastado con 109..

⁶ Decreto-Ley n° 235/1986, de 18 de agosto.

⁷ Decreto-Ley n° 405/1993, de 10 de diciembre..

⁸ Decreto-Ley n° 59/1999, de 2 de marzo.

⁹ Para un breve pero muy interesante relato de la fase conclusiva del proceso de elaboración del Decreto-Ley n° 48871, de 19 de febrero de 1969, véanse las páginas 9 a 11 del *Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas* (5ª edición anotada y comentada, 1997, Almedina, Coimbra), Jorge ANDRADE E SILVA. El autor, a lo largo de su anotación al régimen jurídico de contratación de obras públicas, hace continuas referencias a las propuestas formuladas por la comisión que realizó la codificación de 1969.

Por otro lado, la normativa destinada a regular el gasto público global por contratación (excepto la de personal), en conjunto con los procedimientos precontractuales para la adquisición de bienes y servicios, tuvo una nueva versión en 1995¹⁰, que ha sido recientemente sustituida en 1999¹¹. Algunas modificaciones importantes se refieren a la definición de la competencia jurídico-administrativa para la realización del gasto, y no a los procedimientos precontractuales en materia de adquisición de bienes y servicios¹².

Cualquiera de los primeros documentos antes mencionados han tenido variadas modificaciones durante su vigencia¹³. Los más recientes (de 1999) ya han sido a su vez modificados, a pesar del corto espacio de tiempo transcurrido desde su publicación¹⁴.

3. Es interesante (e importante para la comprensión de la filosofía de nuestro sistema) constatar que, a pesar de la adaptación a la legislación comunitaria europea, no se modificó la principal división temática que domina el ordenamiento jurídico portugués de la contratación pública, y que se consustancia en el hecho de que existen *dos normas principales*, a saber:

- a) Una sobre la *disciplina del gasto público* (que define las competencias para gasto de los órganos administrativos, actualmente desde el Consejo de Ministros a la Administración Local)¹⁵, para contratación de obras públicas, compra de bienes y adquisición de servicios, que incluye algunas normas (actualmente todas) sobre adjudicación de contratos de suministros y servicios;

¹⁰ Decreto-Ley n° 55/1995, de 29 de marzo.

¹¹ Decreto-Ley n° 197/1999, de 8 de junio.

¹² Por ejemplo, el Decreto-Ley n° 197/1999, de 8 de junio, incluyó una regla deliberadamente contraria a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo (artículos 35 y 37), para la institución de la delegación de competencia. Así, lejos de carecer la delegación de una *previsión legal casuística anterior*, la regla en materia de gasto público por contratación es la inversa, como consta de forma clara en el artículo 27 de esta norma: «*Salvo en los casos en los que la delegación o la subdelegación esté expresamente prohibida por ley, la competencia para la práctica de los actos mencionados en la presente norma puede ser delegada o subdelegada*».

¹³ En cuanto a las normas sobre contratación de obras públicas las modificaciones a los dos regímenes anteriores a 1999 han sido variadísimas, por lo que ni siquiera las mencionaremos separadamente. ¡El Decreto-Ley n° 55/1995, de 29 de febrero, fue modificado dos veces en 1995 y después, nuevamente en 1996 y 1998!

¹⁴ El Decreto-Ley n° 59/1999, de 2 de marzo, fue inmediatamente corregido por el Parlamento, a través de la aprobación de la Ley n° 163/1999, de 14 de septiembre. Y lo fue en una materia muy importante, porque se revocó la obligatoriedad de contratación de obras en régimen global de precio a tanto alzado (*forfait*), como constaba en la versión original de la norma. El Decreto-Ley n° 197/1999, de 8 de junio, se vio afectado por la nueva Ley de Atribuciones y Competencias de las Entidades Locales (Ley n° 197/1999, de 18 de septiembre), en lo que se refiere a algunos aspectos de la competencia de los órganos locales para la realización de gasto.

¹⁵ Artículos 17 a 22 del Decreto-Ley n° 197/1998, de 8 de junio.

- b) Otra sobre el régimen jurídico de contratación de obras públicas, que incluye, además, normas generales sobre adjudicación de concesiones de obras públicas.

Ya desde los años 30 se han sucedido normas reguladores de *estos dos principales objetos* (gasto público y contratación de obras públicas¹⁶). La primera norma digna de ser considerada integradora del conjunto fue el Decreto-Ley n° 27563, de 13 de marzo de 1937. Le sucedieron, fundamentalmente, el Decreto-Ley n° 41375, de 19 de noviembre de 1957, el Decreto-Ley n° 48234, de 31 de enero de 1968 y, en épocas más reciente, el Decreto-Ley n° 211/1979, de 12 de julio. Este último sería derogado por el Decreto-Ley n° 55/1995, de 29 de marzo, que fue, a su vez, sustituido por el *Decreto-Ley n° 197/1999, de 8 de junio*.

Desde hace cerca de cincuenta años el legislador considera útil tratar en la misma norma dos temas que pueden entrar en conflicto¹⁷ al reunir las reglas sobre procedimientos de suministro de bienes y adquisición de servicios con las generales sobre la competencia de los órganos administrativos para la realización del gasto. En nuestra opinión, la creciente importancia que ha venido a ganar la materia de los procedimientos precontractuales (en gran medida como efecto de las Directivas Comunitarias que hay que respetar, no sólo en la letra, sino sobre todo propiciando un ambiente de concurrencia leal y de transparencia), desaconseja completamente esta mezcla de objetos.

4. Esta división temática fundamental no evitó la existencia de numerosa legislación especial, concretamente la disciplina de las adjudicaciones en los grandes proyectos¹⁸: Puente Vasco da Gama (Lis-

¹⁶ Si bien, en cuanto a la contratación, hasta 1969 coexistían normas legales y normas reglamentarias.

¹⁷ La expresión actual de esta dicotomía se encuentra en seguida en el artículo 1° del Decreto-Ley n° 197/1999, de 8 de junio: «*La presente norma establece el régimen de realización de gasto público con arrendamiento y adquisición de bienes y servicios, así como de la contratación pública relativa al arrendamiento y adquisición de bienes muebles y servicios*». No se debe interpretar al pie de la letra alguna limitación al contenido que parece sugerirse (la adquisición de bienes inmueble parece no estar incluida, pero lo está, en lo que se refiere al alcance exacto de la cuantía máxima hasta los que los organismos públicos pueden decidir), ni alguna imprecisión conceptual (según la letra del artículo parecería que hubiese «arrendamiento de servicios», figura contradictoria, ante el arrendamiento mobiliario, inmobiliario y financiero que la ley prevé).

¹⁸ Como mucha otra, para responder a casos específicos. Así, para contratos de adquisición celebrados por los Servicios de Prisiones para la adaptación de antiguos edificios militares (Decreto-Ley n° 49/1996, de 14 de mayo), para la contratación pública resultante de la reconstrucción del edificio de la sede del Ayuntamiento de Lisboa, destruido parcialmente por el fuego (Decreto-Ley n° 243/1996, de 19 de diciembre), para los gastos públicos del proyecto Loja do Cidadão en 1998 (Decreto-Ley n° 56/1998, de 16 de marzo), o para la adquisición de bienes y servicios informáticos debido al «efecto 2000» (Decreto-Ley n° 58/1998, de 17 de marzo).

boa), Metro de Oporto y, *principalmente*, el régimen de concesiones de Autopistas¹⁹, con o sin peaje pagado por los usuarios –SCUT en la terminología adoptada en Portugal, que significa *Sin Costes para el Usuario*²⁰– en una modalidad de lo que los británicos denominan *shadow-toll*. Las primeras han sido reguladas por el Decreto-Ley n° 9/1997, de 10 de enero y las segundas (Concesiones Norte y Oeste), lo son por el Decreto-Ley n° 267/1997, de 2 de octubre.

La característica que más nos importa, porque choca a nuestro entender con lo dispuesto en la Directiva 93/37/CEE, en cuanto a los procedimientos de adjudicación es que todos estos *megaproyectos* llegan a su decisión final a través de un tortuoso proceso *que cambia de naturaleza a medio camino*. En efecto, el proceso se califica como de *concurso público internacional*, en el que todas las entidades que respondan a los requisitos generales previamente definidos, pueden presentarse y presentar su propuesta. Sin embargo, en lugar de existir una apreciación de todas las propuestas existe, en un primer momento, una apreciación de los concurrentes, de los que *sólo dos de ellos son llamados a la negociación con el Estado a efectos de adjudicación*. Los dos decretos anteriormente citados adoptan este mecanismo²¹, pero no son los únicos en los que se ha utilizado esta modalidad (en el Puente Vasco da Gama y en las obras y suministros para el Metro de Oporto el proceso ha sido, con algunas diferencias, sustancialmente el mismo). Además, hay una fuerte corriente que defiende que, por una parte, no existe infracción de las normas de las Directivas (porque no tiene por que haber discriminación entre los concurrentes y las condiciones originales del proceso se conocen *a priori*) y que, por otra parte, la proximidad y la certeza del objeto contractual resultan mucho más eficaces para la defensa del interés público, siguiendo este modelo, que admite una negociación (y competición final) que adoptando una fórmula clásica de concurso público integral.

En nuestra opinión, la cuestión esencial no es tanto la de que exista negociación (puede haberla, incluso en la definición del borrador contractual, en un vulgar concurso público, pues siempre es posible llamar al concursante que tuvo la propuesta situada en el lugar siguiente, en caso de desacuerdo con el primero en cuanto al exacto tex-

¹⁹ Además del contrato de concesión de la BRISA, Auto-Estradas de Portugal, SA, a la sazón en proceso de reprivatización, que continuará siendo la parte más importante de la red nacional.

²⁰ «Sem custos para o Utilizador», en el original portugués (Nota de los T.).

²¹ El Decreto-Ley n° 9/1997, de 10 de enero, en sus artículos 3°, 8° y 9°. Las dos concesiones en cuestión (Oeste y Norte) ya han sido adjudicadas. El Decreto-Ley n° 267/1997, de 2 de octubre (SCUTs), también en sus artículos 3°, 8° y 9°, con redacción prácticamente idéntica. Varios de estos últimos contratos de concesiones de carreteras aún no han sido adjudicadas, y otros proyectos aún podrán ser sacados a concurso.

to contractual y proceder a una nueva negociación con el segundo), sino la de intervenir una auténtica precalificación, que conduce exclusivamente a *dos candidatos* con posibilidades reales de ganar. Pero nada permite en la Directiva 93/37/CEE una precalificación tan limitada, sobre todo si el concurso se ha definido como *concurso público internacional*. Concurso público supone la apreciación de propuestas, de todas las propuestas, aunque se negocie después con algunas, o incluso con un solo concurrente, los términos finales de su propuesta a efectos de celebración del contrato. Además, no deja de ser intrigante la razón por la que el Decreto-Ley nº 59/1999, de 2 de marzo, al regular la adjudicación de concesiones de obras públicas (y la ley califica la SCUT como concesión de obra pública, en los artículos 1º y 2º del Decreto-Ley nº 267/1997, de 2 de octubre) mandó que éstas fuesen siempre precedidas de concurso público²², en una modalidad simple que no admite las negociaciones anteriormente mencionadas.

5. Cronológicamente podríamos identificar los siguientes momentos esenciales en lo que se refiere a la transposición de las Directivas Comunitarias sobre contratación pública en Portugal:

- a) Decreto-Ley nº 235/1986, de 18 de agosto; esta norma, de todas formas, sólo se dirigió a los contratos de contratación de obras públicas y no afectó, a no ser mediante una difícil aplicación subsidiaria²³, a las adjudicaciones de contratos públicos de suministros y servicios.
- b) Primera adaptación del régimen de acceso y permanencia en la actividad de contratista de obras públicas, efectuada por el Decreto-Ley nº 100/1988, de 23 de marzo, admitiendo la inscripción, no discriminatoria, de contratistas de los Estados miembros de la Comunidad²⁴.

²² «La celebración de un contrato de concesión de obras públicas será obligatoriamente precedida de concurso público, iniciándose con la publicación de un anuncio, según el modelo reproducido en el anexo VI» (artículo 244 del Decreto-Ley nº 59/99, de 2 de marzo). El mismo Decreto-Ley contiene una regulación completa para el concurso público, absolutamente contraria al régimen de adjudicación, con negociación a dos, de las SCUTs.

²³ Entonces el nº 1 del artículo 6º del Decreto-Ley nº 211/1979, de 12 de julio, preveía que las adjudicaciones de contratos públicos de suministros y de prestación de servicios seguirían, subsidiariamente, las reglas del Decreto-Ley nº 48871, de 19 de febrero de 1969, sobre los procedimientos precontractuales de formación de contratos de obras públicas. Esta norma vendría a ser sustituida por el Decreto-Ley nº 55/95, de 29 de marzo, y éste, a su vez, por el Decreto-Ley nº 197/1999, de 8 de junio.

²⁴ Esta materia tuvo, en 1988, una gran importancia porque ya existían algunos casos de no aceptación directa de concursantes en concursos abiertos en Portugal, lo que obligó al Secretario de Estado de Vivienda (que tenía poder de supervisión en este sector) a emitir, por Orden Ministerial, normas que admitiesen esa inscripción. Así sucedió, antes y después de que entrase en vigor el Decreto-Ley nº 100/88, de 23 de marzo, para guiar, además, la acción

- c) Decreto-Ley nº 396/1990, de 11 de diciembre, el cual, extrañamente, se autoanunciaba como concebido para el inicio del proceso de transposición de la Directiva 89/440/CEE²⁵, y anticipó parte de la reforma de ese régimen, que se produjo en 1993.
- d) Decreto-Ley nº 24/1992, de 25 de febrero, que creó, por primera vez en la historia jurídica portuguesa, un régimen propio para la adjudicación de contratos públicos de suministro de bienes; esta norma tuvo que ser modificada en el mismo 1992²⁶, porque la versión inicial no recogía adecuadamente la materia del Acuerdo sobre Contratos Públicos, celebrado en el ámbito del GATT, ni la Directiva 80/767/CEE.
- e) Decreto-Ley nº 55/1995, de 29 de marzo, pretendiendo la transposición de las Directivas 92/50/CEE y 93/36/CEE, además de actualizar las normas sobre la competencia administrativa para la realización de gasto.
- f) Notificación de la Comisión Europea, de marzo de 1996, sobre transposición incorrecta de las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/37/CEE, por el Decreto-Ley nº 55/1995, de 29 de marzo (suministros y servicios) y Decreto-Ley nº 405/1993, de 10 de diciembre (contratación de obras públicas), señalando varias decenas de casos irregulares al entender de la [DG XV].
- g) Decreto-Ley nº 128/1998, de 13 de mayo, que, aceptando la amplia mayoría de las críticas de la [DG XV] sobre la deficiente transposición de las Directivas 92/50/CEE y 93/36/CEE, modificó, en consecuencia, el Decreto-Ley nº 55/1995, de 29 de marzo.
- h) Decreto-Ley nº 134/1998, de 15 de mayo, de adaptación nacional de la Directiva 89/665/CEE.
- i) Decreto-Ley nº 59/1999, de 2 de marzo, para la transposición correcta de la Directiva 93/37/CEE y la inclusión de las normas de la Directiva 97/52/CE, en materia de adjudicación de contratos de concesión y ejecución de obras públicas.
- j) Decreto-Ley nº 197/1999, de 8 de junio²⁷, que deroga el Decreto-Ley nº 55/1995, de 29 de marzo, y transpone la Directiva

del entonces creado Consejo de Mercados de Obras Públicas y Particulares (CMOPP, creado por el Decreto-Ley nº 99/1988, de 23 de marzo). El CMOPP ya no existe, porque fue sustituido, por el Decreto-Ley nº 60/1999, de 2 de marzo, por el IMOPPI –Instituto de Mercados de Obras Públicas y Particulares y del Inmobiliario. Este nuevo organismo mantiene el poder de registro y anulación de autorizaciones para ejercer la actividad de contratista de obras públicas (y particulares).

²⁵ Se había aprobado otra norma con propósito similar, el Decreto-Ley nº 320/1990, de 15 de octubre.

²⁶ Por el Decreto-Ley nº 196/1992, de 12 de septiembre.

²⁷ Una publicación del Ministerio de Economía de 1999 (con el título *Trabalhos Preparatórios da Revisão da Legislação sobre Contratação Pública*) resume el proceso de reforma del Decreto-Ley nº 55/1995, de 29 de marzo.

97/52/CEE, en cuanto a los contratos públicos de adquisición de servicios y suministro de bienes.

6. Al ser la técnica legislativa de los **umbrales mínimos de valor de los contratos** uno de los pilares en los que se asienta la llamada *política de coordinación de procedimientos de adjudicación*, que domina hoy en día prácticamente todo la normativa de las Directivas sobre contratación pública²⁸, cabe aquí una pequeña observación en cuanto al tipo de tratamiento que el legislador le ha dado (y todavía le da), en varias ocasiones.

En primer lugar, cabe mencionar que, habiendo sentido el legislador, desde la Directiva 71/305/CEE²⁹, la necesidad de no considerar todos los contratos de la misma forma, independientemente de su valor, de ahí a crear *un sistema de cambio administrativo* medió un pequeño paso. En efecto, existiendo libertad de cambio (aunque matizada por el SME), lo normal sería que, por ejemplo, un ECU, cambiado en escudos al mismo tiempo en Lisboa y en Frankfurt/Main, no tuviese la misma cotización. Por consiguiente, *era preferible que la Comisión fijase los contravalores nacionales, a partir de los valores estáticos definidos en las Directivas* (en unidades de cuenta europea, en ECUs, en Euros o en DSEs), en lugar de permitir la incertidumbre de los contravalores. Por consiguiente se estableció este sistema de cambios administrativos (que continúa siendo válido para los países que no están en la zona *Euro*, y para los valores arbitrarios definidos por contrapartida a DSEs, destinado a valer durante dos años³⁰).

En Portugal el legislador siempre ha convivido mal con la idea de que los contravalores nacionales no eran fijados por él mismo (o al menos, hechos públicos). De este modo, el Decreto-Ley n° 55/1995, de 29 de marzo, indicaba que el Ministerio de Economía publicaba los valores³¹. Aún hoy, el Decreto-Ley n° 59/1999, de 2 de marzo, indica que es el Presidente de la IMOPPI (organismo público que registra a los contratistas) el que divulga los contravalores en escudos de las cantidades fijas de las Directivas³². Sólo el Decreto-Ley n° 197/1999, de 8 de junio, no contiene estas singulares normas.

²⁸ A excepción de la Directiva 71/304/CEE, que estableció los principios de la *liberalización* (y no de la *coordinación*), en la adjudicación de contratos de realización de obras públicas.

²⁹ Artículo 7° n° 1.

³⁰ Actualmente el sistema está descrito en el n° 6 del artículo 7° de la Directiva 92/50/CEE, en el n° 1 del artículo 5° de la Directiva 93/36/CEE y en el n° 1 del artículo 6° de la Directiva 93/37/CEE. Algunas de estas normas han sido afectadas por el contenido de la Directiva 97/52/CE..

³¹ Artículo 104 n° 2.

³² Como establece el n° 4 del artículo 52 del Decreto-Ley n° 59/1999, de 2 de marzo.

Bien es cierto que esta irregularidad ha causado graves problemas a la acción administrativa. *Algunos organismos, por ejemplo, esperan los decretos ministeriales de hipotética conversión para aplicar la ley, como si estuviesen dependientes de un reglamento de ejecución.* En otro caso, bastante más grave, fueron emitidos *Portarias*, en 1988³³, que se referían a valores en DSEs, para todo tipo de contratos, cuando la ley portuguesa sólo se refería a esa moneda compuesta de referencia para los contratos de suministro de bienes³⁴. Por consiguiente, referir valores en DSEs para contratos de realización de obras públicas (los *construction services*, en la terminología de la OMC) y para contratos públicos de adquisición de servicios, significaba que el Gobierno portugués se consideraba vinculado a los términos del Acuerdo sobre Contratos Públicos de la OMC, ¡antes de transponer la Directiva 97/52/CE! Y en una materia que para Portugal es especialmente delicada, porque la Decisión del Consejo 94/800/CE, que recibió los acuerdos de la *Ronda de Uruguay*, sólo traía el *Agreement on Government Procurement* en lengua inglesa, incluso en la edición portuguesa del *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*³⁵. Sólo en 1996 se publicó una versión en portugués del mismo Acuerdo y exclusivamente en la serie C del *Diario Oficial*³⁶.

Con la publicación de las normas que han transpuesto la Directiva 97/52/CE esta polémica fue parcialmente³⁷ cerrada para el futuro, pues se mantiene el contenido erróneo del Decreto-Ley n° 59/1999, de 2 de marzo, en cuanto a la publicitación, por parte del Presidente del IMOPPI, de los contravalores nacionales.

7. Como adaptación portuguesa a los valores, hay que señalar una de sus características esenciales, que es la de aproximar, de modo muy brusco, los esquemas a veces concebidos por la legislación comunitaria para contratos de valor significativo (como sucede con los actuales cinco millones de *Euros*, o DSEs, para los contratos de ejecución o concesiones de obras públicas³⁸) a otros de menor valor que la ley portuguesa somete a condiciones de adjudicación mucho más rígidas.

³³ *Portaria* n° 306/1998, de 20 de mayo, que definía los contravalores en escudos de los umbrales de aplicación de normas comunitarias e internacionales sobre contratos de obras públicas y *Portaria* n° 527/1988, de 17 de agosto, que definía los contravalores en escudos de los umbrales de aplicación de normas relativas a contratos de servicios y de adquisición de bienes muebles.

³⁴ En aquel entonces, los artículos 96 y 97 del Decreto-Ley n° 55/1995, de 29 de marzo.

³⁵ *JOCE* L 336, de 23 de diciembre de 1994, pp. 273 y ss.

³⁶ *JOCE* C 256, de 3 de septiembre de 1996.

³⁷ Parcialmente porque el Reglamento de conversión *Euro* no afecta a los valores en DSEs y, sobre todo, la expresión de cambio administrativo de los contravalores en Euros, de cantidades inicialmente fijadas en DSEs.

³⁸ Sin olvidar que en el ámbito de la reforma legislativa del Mercado Interno, el umbral para las contrataciones de obra pública subió el 500%, de uno a cinco millones de ECUs, como determinó la Directiva 89/440/CEE.

Como se sabe, los principios fundamentales de la *política de coordinación de procesos de adjudicación* son: la no discriminación³⁹, la igualdad de oportunidades entre interesados en contratar⁴⁰ y la publicidad adecuada para el conocimiento de la oportunidad de negocio en el espacio comunitario⁴¹. Para ello, la legislación comunitaria ha dado gran importancia a los medios de publicidad, concibiendo diversos procedimientos en los que la existencia o no de un anuncio se vincula a la aplicación menos solemne (y abierta) que el concurso público.

El legislador portugués ha intentado aprovechar todo ese modelo, pero hizo aplicar tales mecanismos (concretamente creando procesos nacionales con y sin intervención de anuncio) según una tabla de valores provisionales de contratos por debajo de lo que las Directivas establecen. Aunque sea difícil resumir este aspecto, veamos a título de ejemplo lo que establecen las siguientes disposiciones del artículo 80 del Decreto-Ley nº 197/1999, de 8 de junio (para aplicarse a procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro de bienes y de adquisición de servicios):

- «1. *Es aplicable el concurso público cuando el valor del contrato sea igual o superior a 25.000.000 escudos o, si es inferior a ese valor, por decisión de la entidad competente para autorizar el gasto»*
(...)
- 3. *El procedimiento por negociación con publicación previa de anuncio se aplica cuando el valor de lo contratado sea inferior a 25.000.000 escudos.*
- 4. *Se aplica el procedimiento por negociación sin publicación previa de anuncio o el concurso limitado sin presentación de ofertas cuando el valor del contrato sea igual o inferior a 15.000.000 escudos.»*

Del esquema diseñado por el legislador portugués se desprende que se pretende utilizar terminología comunitaria para una serie de procedimientos precontractuales nacionales. Sin embargo, nos permitimos llamar la atención del lector sobre que el valor máximo mencionado en el anterior texto legal (25.000.000 escudos) corresponde a cerca de 125.000 *Euros*, es decir, ímenos que el umbral más bajo para

³⁹ La no discriminación en función de la nacionalidad no está, por otra parte, subordinada a que se alcancen determinados valores mínimos para los contratos, sino que su respeto horizontal es exigible (especialmente a los efectos del actual artículo 12 del Tratado CEE).

⁴⁰ Muy significativamente identificado por el Tribunal de Justicia como parte del sistema comunitario, aunque no conste en ninguna norma escrita, Sentencia dada en el Proceso C-243/89 (*Storaebel*).

⁴¹ Lo que justifica tanto los diversos artículos dedicados a la publicidad, así como los modelos de anuncio anexas, que constituyen un medio privilegiado para la uniformización de procedimientos nacionales.

aplicar cualquier norma de las Directivas, que es de 139.312 Euros, contravalor de 130.000 DSEs!

El legislador portugués introduce una *segunda lista de reglas para la aplicación de procedimientos* en la que, independientemente del valor, repite en lo fundamental las especialidades de las Directivas (en el caso del Decreto-Ley nº 197/1999, de 8 de junio, estas últimas normas figuran en los artículos 83 a 86).

El régimen jurídico de contratación y concesiones de obras públicas realiza un idéntico ejercicio, con la particularidad de que el legislador, a veces, tropieza con los conceptos de las Directivas. Por ejemplo, trata como un caso de ajuste directo (en términos de la ley nacional) lo que las Directivas consideran una pura y simple excepción a su incidencia (contratos secretos por motivos de seguridad nacional, según la letra e del nº 1 del artículo 136 del Decreto-Ley nº 59/99, de 2 de marzo).

Esta duplicación de procedimientos y esta rebaja de valores para la aplicación de reglas idénticas a las comunitarias se ha producido en la legislación portuguesa desde 1986. Es uno de los aspectos en los que se concreta la renuncia a la libertad de adaptación de las normas de las Directivas para, al contrario, atribuirles una importancia en nuestro ordenamiento que de partida no tenían.

8. Los *Casos portugueses* sobre contratación pública decididos por el Tribunal de Justicia se limitan a dos: el C.247/89⁴² (conocido como *Lisbon Airport*) y el C-113/89⁴³ (*Rush Portuguesa, Lda*).

Eso no significa que no hayan existido bastantes asuntos en relación a los que la Comisión Europea (DG XV) haya planteado dudas sobre soluciones portuguesas. Casos que no llegaron a convertirse en procesos en el Tribunal de Justicia, como los de la extensión unilateral del contrato de concesión de la BRISA, Auto-Estradas de Portugal, SA, la sumisión de la sociedad de capital público Parque EXPO, SA, a las normas de las Directivas, la deficiente adaptación realizada por el Decreto-Ley nº 55/1995, de 29 de marzo, o el Decreto-Ley nº 405/1993, de 10 de diciembre, o, más recientemente, el proceso de adjudicación de obras y suministros del Metro de Oporto (que es el proceso más *mediatizado* en Portugal). De todas formas, por unas u otras razones, nunca se ha requerido la atención del Tribunal de Luxemburgo para otros casos que no sean los dos mencionados.

Volviendo a los *Casos portugueses*, se debe mencionar que uno de ellos es una cuestión prejudicial (por entonces regulada por el artículo 177 del Tratado CEE, actual 234 después de la reenumeración de

⁴² *Colectânea de Jurisprudência no Tribunal de Justiça*, 1991, p. 1-3659.

⁴³ *Colectânea*, 1990, p. I-1417.

Amsterdam), y el otro una acción ejercida por la Comisión contra la República Portuguesa basada en las prerrogativas del entonces artículo 169 del Tratado CEE (actual 255).

En el primero el Tribunal de Justicia afirmó la prevalencia de la libertad de circulación de trabajadores sobre la decisión de los servicios de inmigración franceses de no conceder las autorizaciones necesarias a trabajadores de nacionalidad portuguesa que habían sido contratados en Portugal por una sociedad de Derecho nacional cuyo capital era francés —la *Rush Portuguesa, Lda*.

En el segundo la Comisión Europea había procesado a Portugal por considerar una violación de la Directiva 77/62/CCE la no publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* del anuncio para la compra de una central telefónica por parte de la Empresa Pública ANA, Aeroportos e Navegação Aérea, EP. En aquel momento, la letra b) del artículo 1º de la Directiva citada definía así el concepto de entidades adjudicantes: «(...) el Estado, las personas jurídicas territoriales y las personas jurídicas de Derecho Público o, en los Estados miembros que no conozcan esta noción, las entidades equivalentes, enumeradas en el Anexo I». La ANA no era, ante la ley portuguesa, una *persona jurídica de Derecho público*, sino una empresa pública creada en 1979⁴⁴. Para la adquisición de bienes y servicios le era aplicable lo dispuesto en el régimen general de empresas públicas, recogido entonces⁴⁵ en el Decreto-Ley nº 260/1976, de 8 de abril, cuyo artículo 3º establecía: «1. *Las empresas públicas se rigen por el presente decreto-ley, por los respectivos estatutos y, en lo que no esté especialmente regulado por estos, por las normas de Derecho privado.* 2. (...)».

Así, se le aplicaban las reglas de gestión privada, y no algún dispositivo de Derecho público. No obstante, el Tribunal de Justicia evitó certificar tal interpretación, prefiriendo absolver a Portugal con el fundamento de que la Empresa se insertaba en el *sector de los transportes*, por aquel entonces aún *excluido*. Un argumento curioso, porque la ANA, en rigor, no transporta a nadie, sino que se limita a proporcionar medios para que el transporte pueda existir: los aeropuertos que dirige.

9. Los Tribunales portugueses, por su parte, han aplicado también directamente Derecho comunitario europeo en materia de con-

⁴⁴ Por el Decreto-Ley nº 246/1979, de 25 de julio.

⁴⁵ Esta norma ha sido muy recientemente derogada y sustituida por el Decreto-Ley nº 559/99, de 17 de diciembre. La principal consecuencia de esta reforma es la de aproximar el régimen de las sociedades en las que el Estado u otras entidades públicas tengan participación cualificada, al régimen anteriormente sólo aplicable a las Empresas Públicas propiamente dichas. Se mantiene la aplicación preferente del Derecho privado (artículo 7º del Decreto-Ley nº 558/99, de 17 de diciembre), para las relaciones que establezcan las Empresas Públicas, ahora denominadas EPE (Entidades Públicas Empresariales), como establecen los artículos 24 (nº 1) y 25 (nº 2) de la misma norma.

tratación pública. Reproducimos, por su importancia, la decisión del Supremo Tribunal Administrativo, de 25 de septiembre de 1997, dada en el Recurso nº 35168⁴⁶:

- I. El artículo 30º, nº 4, de la Directiva 93/97/CEE, como ya resultaba de las obligaciones del Estado Portugués ante lo dispuesto en el artículo 29º, nº 3, de la Directiva 71/305/CEE, con las modificaciones resultantes de la Directiva 89/440/CEE imponía la audiencia de los proponentes o candidatos con propuestas consideradas de precio anormalmente bajo previamente a su exclusión del análisis comparativo final con este fundamento.*
- II. Incluso si, dentro de la libertad de conformación del legislador nacional en cuanto al concepto de 'propuesta anormalmente baja en relación a la prestación', éste puede adoptar un criterio matemático como factor-índice de esa calificación, la exclusión nunca puede resultar automáticamente de la aplicación de esa fórmula, sino que se tiene que dar oportunidad al interesado de demostrar que el precio está conforme con las reglas de sana concurrencia teniendo en consideración la economía del proceso de construcción, las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga el proponente para ejecutar los trabajos o la originalidad del proyecto del proponente.*
- III. No satisface esta exigencia de audiencia previa la imposición de justificación del precio como elemento obligatorio de instrucción de la propuesta, en los términos del artículo 72º, nº 1, letra d), del Decreto-Ley nº 235/86, de 18 de agosto.*
- IV. Finalizado el período transitorio previsto en el artículo 29º, nº 5, de la Directiva 71/305/CEE (30-12-92), en los concursos internacionales en los que se aplica el referido Derecho comunitario y que prevalece sobre lo dispuesto en el artículo 103º, nº 1, letra a), del CPA, no se puede dispensar la audiencia previa a la exclusión de las propuestas consideradas de precio anormalmente bajo con invocación de urgencia en la adjudicación.»*

La importancia de esta decisión es que, al aplicar el Derecho comunitario europeo, no sólo se confirmó el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ya había censurado a otros Estados miembros que tenían disposiciones permitiendo la exclusión automática de propuestas que aparentasen ser anormalmente bajas⁴⁷, sino también, y sobre todo, inaplicar normas nacionales que se dirigen

⁴⁷ Proceso 76/81 (*Transporoute*), considerando condenable un régimen de exclusión automática de la propuesta que aparente ser anormalmente baja, existente en la legislación del Gran Ducado de Luxemburgo; Proceso 31/87 (*Beentjes*) con igual censura ante la legislación holandesa y, con relación a Italia, encontrando siempre inaceptables los procedimientos nacionales, en el Proceso 103/88 (*Fratelli Costanzo*), Proceso 295/89 (*Donà Alfonso*) y Proceso C-304/96 (*Hera*).

bien a la regulación de las adjudicaciones de realización de obras públicas⁴⁸, bien a los derechos genéricamente otorgados a los particulares por el Código de Procedimiento Administrativo (en este caso, la Administración intentó justificar la no aplicación del proceso contradictorio, para explicación del precio que aparentaba ser anormalmente bajo en las normas generales sobre la *audiencia previa*, lo que el Tribunal no aceptó).

10. Un caso muy especial derivado de la transposición es el de la relación entre el Decreto-Ley n° 134/1998, de 15 de mayo, y la Directiva 89/665/CEE. Y por varias razones.

En efecto, el Gobierno portugués, en un primer momento, rechazó la necesidad de crear legislación nueva que permitiese la inclusión en nuestro ordenamiento de los objetivos de la Directiva sobre medios de recurso. Se argumentó entonces que el hecho de que nuestra ley incluyese la *posibilidad de suspensión de eficacia del acto de adjudicación* (aunque en caso de grave daño para el interés público se prohíbe la suspensión, lo que la propia Directiva 89/665/CEE acepta), y el *derecho general de demandar* al Estado y a las restantes entidades públicas *incluso por responsabilidad precontractual*, dispensaba de aprobar una ley específicamente para este propósito.

Irónicamente, fue un Gobierno más reciente (el XIII Gobierno Constitucional) el que experimentó la aplicación de la Directiva 89/665/CEE a propósito de la adjudicación de las obras del Metro de Oporto, incluyendo ahí la compra del material circulante. Sólo que tuvo que probar el aspecto más desagradable, ya que se tuvo que enfrentar con diversas cuestiones planteadas por la Comisión a propósito de eventuales infracciones del Derecho comunitario europeo, y al abrigo de artículos de la Directiva en cuestión.

De algún modo como consecuencia de este contencioso sobre el Metro de Oporto (el cual, además, no sólo no condujo a una demanda de la Comisión contra Portugal en el Tribunal de Justicia, sino que acabó mercedo el apoyo financiero de los fondos estructurales) el

⁴⁸ Y que se concretaba en la posibilidad de emitirse un Decreto, válido por plazo de un año, que admitía la exclusión de propuestas que se apartasen, hacia abajo, en más de un 15% de la media de las propuestas aceptadas a concurso. Así lo establecía el artículo 93, del Decreto-Ley n° 235/1986, de 18 de agosto. El Gobierno usó efectivamente esta prerrogativa, desde el Decreto n° 83/1987, de 7 de febrero, hasta el Decreto n° 995/1992, de 22 de octubre. Después de un conflicto con la Comisión Europea, el Gobierno se comprometió, incluso antes de la sustitución del Decreto-Ley n° 235/1986, de 18 de agosto por el Decreto-Ley n° 405/1993, de 10 de diciembre, a no dictar más Decretos con ese contenido. La citada norma de 1993 no incluía estas disposiciones polémicas, desarmando objetivamente a las entidades adjudicantes portuguesas (y a los contratistas portugueses concurrentes, incluso en Portugal, con otros de otros Estados miembros, que se financiaban mediante tipos de interés considerablemente más bajos) ante prácticas deliberadas de *dumping*.

Gobierno emprendió la aprobación de nueva legislación: el Decreto-Ley n° 134/1998, de 15 de mayo.

Al optar por una reproducción casi textual de algunas normas de la Directiva, este texto provocó dos fenómenos opuestos:

- a) Por un lado, se convirtió en un medio real para combatir la impunidad de la Administración con respecto a actos ilegales en la atribución de los contratos; el hecho de que fuese un proceso urgente, de que corriesen sus plazos en vacaciones judiciales y de que tuviese una decisión forzosamente rápida, llevó a que muchos perjudicados recurriesen ante los Tribunales Administrativos un una proporción muy superior a lo que hasta ese momento era habitual;
- b) por otro lado, produjo una reducción sensible de las garantías, ya que la redacción del artículo 1° del Decreto-Ley n° 134/1998, de 15 de mayo, *redujo de dos meses a 15 días* el plazo para la interposición de cualquier recurso contencioso relativo a la formación de los contratos públicos, y no sólo a aquellos dirigidos a solicitar medidas cautelares; así lo entendió el Supremo Tribunal Administrativo en varias decisiones tomadas posteriormente⁴⁹.

La base de la discusión en cuanto al régimen jurídico aplicable, plazos incluidos, debe ser naturalmente encuadrada en el conflicto que existe entre la noción, en Derecho procesal, de medida cautelar o provisional y lo que, tanto la Directiva 89/665/CEE como el Decreto-Ley n° 134/1998, de 15 de mayo, consideran como una de las posibilidades de intervención en el proceso ilegal de adjudicación. En efecto, se admite en ambas normas la *corrección de actos ilegales*, en el ámbito de este proceso especial. Pero *corregir un acto ilegal significa destruir el objeto del proceso principal*. Por consiguiente, no se trata de un medio cautelar, sino de un medio especial, potencialmente definitivo. La cuestión no es, por cierto, exclusivamente portuguesa, pues la contradicción entre los diferentes regímenes jurídicos de los actuales quince Estados miembros y estas medidas excepcionales se está dando de manera generalizada.

Hay que tener igualmente en consideración que en Portugal se está en plena reforma del contencioso administrativo, pues ha sido presentado oficialmente por el Ministerio de Justicia un conjunto de tres normas sobre la materia⁵⁰. En esos documentos no consta ninguna re-

⁴⁹ Caso de las decisiones de los Procesos 44140, de 9 de marzo de 1999, 44698, de 25 de marzo de 1999 o 44902, de 8 de julio de 1999.

⁵⁰ Publicadas en enero de 2000, las nuevas propuestas son: *Anteproyecto de Código de Proceso en los Tribunales Administrativos*, *Anteproyecto de Estatuto de los Tribunales Administrativos y Tributarios* y *Anteproyecto de normativa sobre comisiones de Conciliación Administrativa*.

ferencia explícita a los medios de recurso previstos en el Decreto-Ley nº 134/1998, de 15 de mayo, o en la Directiva 89/665/CEE que lo justificó. Por tanto, podrá reconducirse todo a una situación muy próxima a la actual, con una coexistencia algo complicada entre los medios cautelares generales⁵¹ (los cuales, al entender del Supremo Tribunal Administrativo, dejaron de aplicarse a los actos de formación de contratos públicos de adquisición de servicio, de suministro de bienes y de realización de obras públicas, pero no de las concesiones de obras públicas, que no constan en la lista incluida en el artículo 1º, del Decreto-Ley nº 134/1998, de 15 de mayo) y lo dispuesto en el Decreto-Ley nº 134/1998, de 15 de mayo, que no es derogado.

11. Un aspecto menor, pero que aquí traemos por representar un tema que ha ganado cada vez más importancia por relacionarse con la financiación privada de proyectos públicos, es el del tratamiento jurídico de las concesiones de servicio público. En la ley portuguesa no hay ningún régimen general sobre lo que es un servicio público y, por consiguiente, de lo que sería su concesión⁵².

Así, en el Decreto-Ley nº 197/1999, de 8 de junio, que regula las adjudicaciones de contratos públicos de prestación de servicios y adquisición de bienes, no hay nada que se dirija a la regulación del otorgamiento de concesiones de servicio público. En el Decreto-Ley nº 59/1999, de 2 de marzo (que contiene el régimen jurídico de la ejecución y concesiones de obras públicas), aunque se pueda afirmar una compatibilidad con el sentido de la primera norma referida, se puede, incluso, encontrar una disposición que declara la no incidencia de sus normas sobre las concesiones de servicio público en estos términos: «*Están excluidos del ámbito de la presente norma los contratos de concesión de servicio público, incluso cuando incluyan una parte de la obra*» (nº 6 del artículo 2º).

En cierto modo se orientó en esta dirección la Región Autónoma de Madeira, que a través del Decreto Legislativo Regional⁵³ nº 21-A/99/M, de 24 de agosto, aprobó el proyecto VIALITORAL, en el que una sociedad inicialmente de capital exclusivamente público es titular

⁵¹ De sumo interés sobre el conjunto de lo contencioso administrativo en Portugal, *A justiça Administrativa (Lições)*, de José Carlos VIEIRA DE ANDRADE (Almedina, Coimbra, 1992, 2º edición). Véase igualmente el volumen IV del *Derecho Administrativo (Curso)*, de Diogo FREITAS DO AMARAL (Lisboa, AAFDL, 1988).

⁵² De especial interés para esta materia, aunque no compartamos ni la economía de su razonamiento ni muchas de las posiciones adoptadas, véase la obra de Pedro GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos* (Almedina, Coimbra, 1999).

⁵³ En los términos de la Constitución de la República Portuguesa (véase sobre todo el artículo 112, bajo el epígrafe de *actos normativos*) existen tres normas formalmente legislativas: la Ley (de la Asamblea de la República), el Decreto-Ley (del Gobierno) y el Decreto Legislativo Regional (aprobado por las Asambleas Legislativas Regionales de las Azores y Madeira).

de una concesión de servicio público por 25 años, concretada en el *mantenimiento operativo de una vía pública* que une Funchal con el Aeropuerto de Santa Catarina (además de otros tramos menores). En tal caso, la operación financiera, con riesgo propio en relación a la conservación, es claramente superior al valor de las obras inmobiliarias relacionadas con el mantenimiento de la vía propiamente dicha.

12. Toda esta producción legislativa es coetánea con profundas alteraciones del concepto de *contrato administrativo* en nuestro ordenamiento.

Es cierto que la noción comunitaria de contratos públicos⁵⁴, o contratos de Derecho público⁵⁵, no se yuxtapone al concepto nacional de contrato administrativo. De todas formas, la existencia de áreas comunes y de interpenetración es obvia. Se podría incluso defender, en lo que se refiere a la legislación comunitaria, que el que sólo haya interés de éstas hasta el momento de la adjudicación⁵⁶ es claramente insuficiente, si el objetivo de la Comunidad es el de alcanzar un verdadero Mercado Interno de contratación pública⁵⁷.

En lo que concierne a Portugal, en 1991⁵⁸ se introdujo este concepto de contrato administrativo, en el artículo 178 del Código de Pro-

Con la modificación constitucional de 1997, el poder legislativo de las Regiones Autónomas aumentó considerablemente, pues ahora, en materia referida a la defensa de la especificidad regional, los Decretos Legislativos Regionales sólo deben obediencia a los *principios fundamentales de las leyes generales de la República* (letra a, del n° 1 del artículo 227). Sobre esta temática véase la obra más reciente de GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (Almedina, Coimbra, 1999, 3ª edición), en especial las páginas 747-760.

⁵⁴ Que se utiliza incluso en Directivas dirigidas a regir, principalmente, la actividad de la Administración Pública *tout court*, como sucede con la 92/50/CEE (artículo 1º, letra a) sobre, como ella misma afirma, *contratos públicos* de servicios, o la 93/36/CEE, sobre *contratos públicos* de suministro (artículo 1º, letra a).

⁵⁵ Tal fue el concepto más utilizados por los documentos comunitarios hasta las Directivas que concretaron la reforma legislativa del Mercado Interno. Sirve de ejemplo la letra a del artículo 1º de la Directiva 77/62/CEE, cuyo inicio era: «A efectos de la presente directiva: a) Contratos de suministro de derecho público son...»

⁵⁶ Salvo las posibilidades de extensión del contrato inicial hasta el límite normal del 50% del valor del gasto, y que configura un nuevo contrato a pesar de desenvolverse como una vicisitud de la ejecución del primero.

⁵⁷ Así lo hemos defendido en nuestra Tesis Doctoral en Derecho en las páginas 420 a 435 (*European Integration and Public Works Contracts Regulation*, Instituto Universitario Europeo, Florencia, 1995).

⁵⁸ El Código de Procedimiento Administrativo (CPA), ya mencionado varias veces a lo largo de este artículo, fue aprobado por el Decreto-Ley n° 442/1991, de 15 de noviembre (entrando en vigor seis meses después de su publicación, según el artículo 2º de la norma citada) y modificado por el Decreto-Ley n° 6/1996, de 31 de enero. Existen varias ediciones anotadas del CPA, todas ellas de sumo interés, como, por ejemplo la de José Manuel SANTOS BOTELHO, Américo PIRES ESTEVES y Jose CANDIDO DE PINHO (Almedina, Coimbra, 2000, 4ª edición), la de Diogo FREITAS DO AMARAL, João MARTINS CLARO, João CAUPERS, Pedro SIZA VIEIRA, Vasco PEREIRA DE SILVA y João RAPOSO (1ª edición, de 1992, Almedina, Coimbra) y la

cedimiento Administrativo: «*Se llama contrato público al acuerdo de voluntades por el cual se constituye, modifica o extingue una relación jurídica administrativa*». Nada define posteriormente lo que es una relación jurídica administrativa, limitándose la ley a mencionar casos de contratos administrativos que inmediatamente clasifica como tales⁵⁹.

Esta técnica legislativa repite, en buena medida, lo que se había hecho en la reforma de lo contencioso administrativo de 1984/1985. También ahí se había sustituido la lógica de la taxatividad de los contratos administrativos expresada, sobre todo, en el artículo 815 del Código Administrativo⁶⁰ de 1940⁶¹. Efectivamente, el Estatuto de los Tribunales Administrativos y Fiscales dispuso en su artículo 9º: «*1. A efectos de competencia contenciosa se considera contrato administrativo el acuerdo de voluntades por el cual se constituye, modifica o extingue una relación jurídica de derecho administrativo. 2. Son en concreto contratos administrativos los contratos de realización de obras públicas, de concesión de obras públicas, de concesión de uso privativo del dominio público y de explotación de juegos de fortuna o de azar y los de abastecimiento continuo y de prestación de servicios celebrados por la Administración para finalidades de inmediata utilidad pública. 3. (...)*».

Como se puede verificar sin dificultad, sólo existen dos diferencias en el texto en lo que se refiere a la definición instrumental de contrato administrativo: la inclusión del contrato de concesión de explotación del dominio público, entre los inmediatamente clasificados y la utilización del concepto de relación de *Derecho administrativo* en lugar de *relación jurídica administrativa*. Pero la sucesión cronológica es favorable a suavizar el concepto, pues el ETAF es de 1984 y el CPA de 1991.

Esta noción vasta de contrato administrativo venía exigiéndose por parte de la doctrina⁶². Ya incluso durante el período de vigencia

de Mario ESTEVES DE OLIVEIRA, Pedro COSTA GONÇALVES y J. PACHECO DE AMORIM (Almedina, Coimbra, 1997, 2ª edición).

⁵⁹ Es lo que hace el nº 2 del artículo 178 del CPA, a través del siguiente texto: «(...) 2. Son contratos administrativos, en concreto, los contratos de: a) Ejecución de obras públicas; b) Concesión de obras públicas; c) Concesión de servicios públicos; d) Concesión de explotación del dominio público; e) Concesión de uso privativo del dominio público; f) Concesión de explotación de juegos de fortuna o azar; g) Abastecimiento continuo; h) Prestación de servicios para finalidades de inmediata utilidad pública».

⁶⁰ El texto de su apartado 2º era: «*Se consideran contratos administrativos únicamente los contratos de ejecución y de concesión de obras públicas, los de concesión de servicios públicos y los de abastecimiento continuo y de prestación de servicios celebrados entre la Administración y los particulares con finalidades de inmediata utilidad pública*»..

⁶¹ Sobre el proceso de aprobación del Código Administrativo y la sucesión de sus versiones de 1936 y de 1940 (que tuvieron expresión, aunque de poco alcance en la literalidad de las normas del artículo 815), véase Marcello CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, páginas 155 a 161.

⁶² Sobre todo la Tesis de Doctorado en Derecho de SÉRVULO CORREIA, titulada *Legalidade e Autonomia Contractual nos Contratos Administrativos* (Almedina, Coimbra,

del Código Administrativo (y, en especial de su artículo 815) eran muchas la voces que indicaban que su taxatividad era irrealista y poco ajustada a una realidad en constante movimiento que forzaba a la Administración a celebrar contratos administrativos con otros objetos diferentes de los que resultaban de la aplicación de la lista. MARQUES GUEDES fue una de las voces más representativas de esta corriente crítica⁶³.

De la compatibilización y coexistencia en el ajuste del concepto de contrato administrativo con los tipos contractuales previstos en las Directivas habrá mucho que hablar en el futuro. De todas formas, diremos desde ahora que la sensación es de que Portugal habrá hecho reconducir a un *concepto nacional de contrato administrativo*, todo el conjunto normativo que han traído las Directivas. Lo que tiene importantes consecuencias con respecto al régimen de ejecución de esos contratos.

13. No queríamos terminar este breve recorrido por la adaptación portuguesa sin dejar de apuntar la que es, a nuestro parecer, su principal característica: la renuncia a usar la libertad de construir un *régimen jurídico nacional, respetados los límites de los objetivos obligatorios*.

En efecto, Portugal ha oscilado, en estos quince años, entre no transponer (o transponer mal) e ir más allá de las estrictas obligaciones que tenía en tanto Estado miembro. Este aspecto, válido para toda la legislación, es de gran importancia en el ámbito de la ejecución de obras públicas, porque el mercado de obras por debajo de los cinco millones de DSEs, o ECUs es, en Portugal muy importante. En especial para PYMES como contratantes y para los Municipios como entidades adjudicantes.

Esta característica general se manifiesta con alguna violencia en las normas que mandan aplicar el concurso público a partir de límites de valor muy bajos⁶⁴, en el caso de las obras⁶⁵.

1987), de la cual nos permitimos llamar la atención hacia las páginas 773 a 775, recapitulación sobre la apreciación del concepto de contrato administrativo. Esta obra, terminada en 1986, se sitúa entre la reforma de lo contencioso de 1984-1985 y el CPA de 1991, lo que añade aún mayor importancia.

⁶³ Especialmente en su obra *Estudos de Direito Administrativo* (Lisboa, 1963), en la que afirma: «*Toda moneda tiene su reverso. Corriendo deliberadamente el riesgo de ser superado por los acontecimientos, el legislador portugués juzgó desde un inicio preferible optar por la certeza en la jurisdicción competente, cimentada en una identificación estable de los contratos sometidos al fuero administrativo. Es una ventaja innegable: pero de limitado y limitativo alcance*» (op. cit., p. 83).

⁶⁴ Según se desprende de los artículos 48 y 129 del Decreto-Ley n° 59/1999, de 2 de marzo, el concurso público es en principio obligatorio a partir de 25.000.000 escudos. ¡El límite comunitario es de cerca de 1.000.000.000 escudos para provocar la existencia de un concurso público europeo!

⁶⁵ Éste no es el caso de las contrataciones de suministros y servicios, porque los límites mínimos son mucho más bajos. Aquí, la Administración Central habrá de respetar las reglas

La reciente legislación se ha dirigido todavía más a aplicar regímenes mucho más rígidos y limitativos de la libertad de las entidades adjudicantes, que aquellos que resultarían de la pura aplicación de las directivas. Así ha sido fundamentalmente en dos casos:

- a) Desde 1997, con la sujeción de todas las Empresas Públicas y de las sociedades anónimas de capital mayoritariamente público al régimen de contratación de ejecución de obras públicas que se aplica a la Administración Central y Local.
- b) Con el Decreto-Ley nº 59/99, de 2 de marzo, y la introducción del nuevo *régimen de control de costes* (artículos 45 y 46) la prohibición de que, en el ámbito del mismo contrato inicial, se adjudiquen nuevos trabajos que conduzcan a un gasto superior al 25%⁶⁶ del valor contractual inicial⁶⁷.

Está claro que en principio las legislaciones nacionales pueden ir *más allá* de lo dispuesto en el Derecho comunitario europeo. Y, por tanto, si un Gobierno (o un Parlamento) considera que su Administración Pública podría utilizar indebidamente la libertad de que podría gozar siguiendo la normativa comunitaria, no será en principio ilícito tal comportamiento.

No obstante, con la intromisión de la lógica de las privatizaciones (y en el caso portugués de las reprivatizaciones, pues muchas empresas que habían sido nacionalizadas entre 1974 y 1976 están ahora siendo vendidas a particulares) podría ser un obstáculo a esta intervención constantemente limitativa. En realidad, los accionistas privados de una sociedad en la que la participación pública sea aún mayoritaria pueden verse gravemente perjudicados por la disminución de competitividad que resulta del hecho de que las decisiones de contratación de obras inmobiliarias se demoren mucho más tiempo que si fueran tomadas en régimen de pura gestión de Derecho privado⁶⁸. El

de la Unión Europea (y del acuerdo de la OMC sobre Contratos Públicos) desde que el valor de los contratos alcance 27.929.548 escudos portugueses, como consta en la *Informação* 1999/C 397/08 de la Comisión Europea. Nuestro límite nacional para aplicar el concurso público está ligeramente por debajo (25 millones de escudos, según dispone el nº 1 del artículo 80, del Decreto-Ley nº 197/99, de 8 de junio).

⁶⁶ Además de que, cuando se pretenda exceder el 15% del valor inicial en trabajos adicionales, se deba aplicar un procedimiento especial de autorización (nº 2, 3 y 5 del artículo 45).

⁶⁷ Mientras que la Directiva 93/37/CEE acepta que ese valor crezca hasta el 50% (letra d del nº 3 del artículo 7º).

⁶⁸ Hemos tenido la oportunidad de criticar esta orientación en un artículo publicado en la *Revista da Água* (editada por la Empresa Portuguesa de Águas Livres, SA), con el título «Legislação Europeia sobre Contratação Pública» (Febrero-Marzo de 1998, nº 26, p. 35).

problema ya se ha planteado en Portugal en la práctica⁶⁹, obligando a una actuación de esas sociedades que, para cumplir las intenciones programáticas de los accionistas (públicos y privados) difícilmente consiguen cumplir lo que la ley determina.

¿Quién va a soportar el perjuicio resultante de esa solución legislativa cuando las sociedades en cuestión cotizan en bolsa y pretenden, muchas de ellas, orientarse hacia una internacionalización, compitiendo con otras Empresas europeas que no tienen en los países en los que están principalmente establecidas este tipo de limitaciones administrativas? Porque la capacidad competitiva se empieza a ganar en la actividad que se desarrolla en el país de la sede. Y en este primer espacio existen incluso situaciones de concurrencia con entidades totalmente privadas.

Se podría argumentar que lo que se pierde en competitividad se gana en transparencia. Sin embargo, si eso es verdad, ¿por qué razón se ha limitado la incidencia de normas concebidas para la Administración Pública a sociedades de capital público y exclusivamente para la contratación de obras inmobiliarias⁷⁰? ¿Por qué razón la TAP puede comprar un avión por algunos miles de millones de escudos con los medios de la gestión privada, mientras que la Caixa Geral de Depósitos tiene que seguir el régimen jurídico de ejecución de obras públicas para hacer una obra en una agencia que valga pocos millones de escudos? Si el origen de los fondos es siempre público, ¿cuál es el fundamento razonable de soluciones legales tan dispares?

En conclusión, se podría afirmar que Portugal, como Estado miembro ha transpuesto la amplia mayoría de las normas de las Directivas Comunitarias sobre contratación pública, debiéndose solu-

⁶⁹ Fue lo que pasó con la principal concesionaria de autopistas, la BRISA, Auto-Estradas de Portugal, SA, cuyo proceso de reprivatización se desarrolla en varias fases. En las primeras el Estado mantuvo su posición mayoritaria, pero con una importante participación accionarial privada.

⁷⁰ En efecto, las normas que regulan, incluso recientemente, la contratación pública de suministro de bienes y prestación de servicios excluyen expresamente de su incidencia a las Empresas Públicas y todas las entidades de naturaleza privada (con excepción de los organismos de Derecho público, tal como viene impuesto por las Directivas 92/50/CEE y 93/36/CEE). Así lo ha hecho el Decreto-Ley n° 55/1995, de 29 de marzo (artículo 2° b) y, en la actualidad, el Decreto-Ley n° 197/1999, de 8 de junio (también en su artículo 2° b). Todo mientras se acentúa la tendencia hacia que mediante ley especial muchos institutos públicos no tengan que seguir estas normas que en principio les serían aplicables. En un estudio reciente que hemos efectuado a propósito de esta multiplicación de regímenes especiales, hemos podido constatar, mediante la simple observación de los textos legales en vigor, que de los cerca de 70 institutos creados o reformulados entre 1995 y 1999, cerca del 30% han sido exonerados de aplicar la disciplina de la Administración Pública en sus adquisiciones de bienes y servicios. Continúan, naturalmente, estando obligados al cumplimiento de las normas de las Directivas siempre que los contratos alcancen valores relevantes con respecto a los límites mínimos.

cionar en breve la falta de ley nacional sobre las adjudicaciones en los *ex-sectores excluidos*⁷¹.

Esta transposición ha sido, de todas formas, realizada en un sistema ya de por sí muy insatisfactorio en términos nacionales, por *exceso de normas en vigor*, por existencia de un *número exagerado de regímenes especiales*, y por la repetida tendencia del legislador portugués a *no querer aprovechar la libertad* que le permitía la adaptación nacional de las Directivas. Todo en el contexto de una legislación dominada por una norma (actualmente el Decreto-Ley n° 197/99, de 8 de junio) que mezclaba la regulación del gasto público con procedimientos de contratación de algunos tipos de contrato (los que tienen por objeto la adquisición de bienes y servicios), a la par de la existencia de un importantísimo régimen jurídico de ejecución y concesiones de obras públicas (actualmente el Decreto-Ley n° 59/99, de 2 de marzo).

⁷¹ Véase la nota 1 de este artículo.