

I. COMENTARIOS MONOGRÁFICOS

LA LEGITIMACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE URGENCIA PRECONTRACTUAL L'ARRÊT SMIRGEOMES DEL CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS¹

CLAUDIE BOITEAU²

Profesora de Derecho Administrativo
Universidad de Poitiers

0. INTRODUCCIÓN.—I. EL FINAL DE LA JURISPRUDENCIA DE LA ANULACIÓN AUTOMÁTICA: 1. *Los excesos de una concepción flexible y objetiva de la legitimación para impugnar*. 2. *Una llamada a la evolución jurisprudencial*.—II. LA DELIMITACIÓN DE LA COMPETENCIA DEL JUEZ EN EL PROCESO JUDICIAL URGENTE PRECONTRACTUAL: 1. *Regreso a la letra del texto*. 2. *El arraigo reforzado del proceso judicial urgente precontractual en el seno del contencioso*.

RESUMEN

La sentencia judicial *SMIRGEOMES* ha supuesto un cambio en la línea jurisprudencial del Consejo de Estado Francés. Durante mucho tiempo el Consejo de Estado había consolidado una visión amplia y objetiva a la hora de impugnar en el proceso judicial urgente precontractual. En esta resolución judicial se restringen los supuestos de la legitimación que permiten impugnar. Así, en el proceso judicial urgente precontractual la legitimación queda limitada, tanto por lo que respecta al objeto de impugnación como a su interposición, a ciertas condiciones relativas al perjuicio sufrido o al perjuicio susceptible de ser sufrido por la parte interesada en contratar.

Palabras clave: recursos en materia de contratación; legitimación; nulidad de contratos.

ABSTRACT

The *SMIRGEOMES* judgement has brought about a change in the case law of the French Council of State. For a long time, the State Council had established a plain and objective test to challenge the expedite pre-contractual trial. In the said judgement, the standing grounds that allow such challenges are restricted. Thus, in an expedite pre-contractual trial, *locus standi* is limited as regards both the issue and the grounds for appeal, which are limited to certain conditions relating to the harm or damage already suffered or which may be suffered by the party interested in hiring.

Key words: appeals in procurement; *locus standi*; nullity of contracts.

¹ Consejo de Estado, 3 octubre 2008, *SMIRGEOMES* (*Syndicat Mixte Intercommunal de Réalisation et de Gestion pour l'Élimination des Ordures Ménagères du Secteur Est de la Sarthe*), decisión núm. 305420, Sección de lo Contencioso.

² Traducido por la Profesora Marta FRANCH I SAGUER.

0. INTRODUCCIÓN

¡El procedimiento de adjudicación de un contrato público puede subsistir a un error en la mención Acuerdo sobre contratación pública!³. Esto significa que cualquier incumplimiento en las reglas de publicidad o de concurrencia ya no conllevan la anulación sistemática del procedimiento de adjudicación del contrato por parte del juez competente en el proceso judicial urgente precontractual⁴.

Los hechos del caso *SMIRGEOMES* no son nuevos: el Sindicato mixto intermunicipal para la gestión de la eliminación de basura doméstica del distrito este del Departamento francés del Sarthe (*SMIRGEOMES*) inició, en enero de 2007, un procedimiento de licitación para la adjudicación de un contrato de servicios, cuyo objeto era el tratamiento y análisis de los metales de los centros de recogida de residuos. Con esta finalidad, el sindicato publicó en el *Boletín Oficial de Anuncios de Contratación Pública (BOAMP)* y en el *Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE)* un anuncio de convocatoria pública de dicho contrato. Siendo el importe del contrato superior a los umbrales comunitarios y de conformidad con lo establecido en el Decreto del 28 de agosto de 2006, se utilizaron para el contrato los formularios normalizados anexados en el reglamento núm. 1564/2005 de la Comisión de 7 de septiembre de 2005. Por consiguiente, se rellenaron los distintos apartados del modelo, entre los cuales destaca el famoso apartado II.1.7 relativo al Contrato cubierto por el Acuerdo sobre Contratación Pública (en adelante, ACP)⁵: sí/no. Puesto que el anexo 4 del apéndice I del ACP incluía los servicios de limpieza y de recogida de basura, servicios de saneamiento y otros servicios análogos, el sindicato llegó a la conclusión de que el Acuerdo sobre Contratación Pública se aplicaba al contrato en cuestión y que, por consiguiente, se podía adjudicar a una empresa de un país signatario del Acuerdo. Por esta razón, el sindicato marcó la casilla «sí».

Una empresa que presentó su oferta, y que fue admitida pero no resultó adjudicataria, interpuso una demanda ante el juez del proceso judicial urgente precontractual del Tribunal administrativo de Nantes, por el que se solicitaba la anulación del procedimiento de adjudicación, alegando especialmente un error en la mención relativa al ACP.

Teniendo en cuenta que el mencionado contrato no estaba cubierto por el ACP y en base a una aplicación precisa de la concepción objetiva relativa al incumplimiento de las obligaciones de publicidad y de concurrencia, que hasta aquel momento era seguida mayoritariamente, el juez de Nantes declaró nulo el procedimiento de adjudicación.

³ La mención de «*Accord sur les marchés Publics*» corresponde a la categoría francesa de «*marchés publics*» que al no tener traducción exacta (por no existir en el derecho español) la traducimos por contratación pública.

⁴ El término *proceso judicial urgente precontractual* es la traducción del término francés *référé précontractuel*. Al no existir un equivalente, en varios documentos este término aparece sin traducir.

⁵ En francés sería «*marché couvert par l'Accord sur les marchés publics*».

Mediante recurso de casación, el Consejo de Estado anuló la resolución dictada por el juez, y rechazó la petición realizada por la empresa en base a que los vicios, en los que se basaba, no eran susceptibles de causarle ningún perjuicio, habida cuenta del alcance y del momento concreto en que se produjeron en el procedimiento.

Si retomamos la literalidad del artículo L. 551-1 del Código de Justicia Administrativa que fija las condiciones del proceso judicial urgente precontractual, el Consejo de Estado procede a una delimitación conveniente de la posición del juez competente en el proceso judicial urgente precontractual (II), poniendo fin a los excesos de la jurisprudencia de la «anulación automática» (I).

I. EL FINAL DE LA JURISPRUDENCIA DE LA ANULACIÓN AUTOMÁTICA

Conforme al artículo L. 551-1 del Código de Justicia Administrativa, las personas legitimadas para impugnar el incumplimiento por parte del poder adjudicador de las obligaciones de publicidad y de concurrencia son, además del representante del Estado en el Departamento, cuando el contrato haya sido concluido o deba ser concluido por una entidad local o un establecimiento público local, aquellas personas que tengan interés en celebrar el contrato y que pueden verse perjudicadas por la infracción cometida.

El proceso judicial urgente precontractual queda limitado en lo que respecta al objeto⁶ de impugnación y también debía quedar limitada su interposición a condiciones relativas al perjuicio sufrido o susceptible de sufrir por parte del interesado en contratar.

Sin embargo, con el fin de garantizar un control preventivo eficaz, de las reglas de publicidad y de concurrencia, el juez ha unido una concepción extensiva del interés para ejercer la acción con una concepción objetiva de la legalidad, de la cual existe una jurisprudencia muy sistemática (1). Esta posición es criticable por la desproporcionalidad entre el vicio manifiesto y los efectos devastadores que provoca la anulación, y, en consecuencia, buena parte de la doctrina pedía una evolución y un cambio jurisprudencial (2).

1. *Los excesos de una concepción flexible y objetiva de la legitimación para impugnar*

A) A pesar de la exigencia de un perjuicio o, como mínimo, de la posibilidad de perjuicio, el juez administrativo ha desarrollado un concepto amplio de la legitimación para impugnar, el cual es comparable al que se aplica en el supuesto de «abuso de poder». Esta concepción ha llevado al juez a considerar que todo candidato, al que se le pudiera adjudicar un contrato, pue-

⁶ «... les marchés publics, les conventions de délégation de service public, les contrats de partenariat et les contrats qui sont des marchés publics au sens du droit communautaire sans l'être au regard du droit national...».

de alegar cualquier tipo de infracción del ordenamiento, sin tener que probar si la misma le ha causado o no un perjuicio real. La única limitación impuesta a los demandantes es que sólo pueden basar su recurso en infracciones relativas a las obligaciones de publicidad y de concurrencia.

Sin embargo, a partir de 1995, el comisario del Gobierno, M. Chantepy, llamó la atención de la «Haute Jurisdiction» en las conclusiones de la Sentencia del *District de l'agglomération nancéienne* (Distrito de la aglomeración de Nancy) observó que el artículo L. 22 del Código de los Tribunales Administrativos y de las Cortes Administrativas de Apelación (remplazado con posterioridad por el actual artículo L. 551-1 del Código de Justicia Administrativa) «parece dar una definición más restrictiva del interés para ejercer la acción que la utilizada en el caso de «abuso de poder», y parece incitar particularmente al juez a apreciar la realidad, desde las causas invocadas»⁷.

Nada ha cambiado. Basándose en el carácter preventivo del proceso judicial urgente precontractual y en la propia lógica que se desprende de las directivas comunitarias en materia de recursos, que reclaman la aplicación de un procedimiento urgente que garantice una resolución adecuada en caso de incumplimiento de las reglas comunitarias de publicidad y de concurrencia, la cual se impone a la celebración del contrato, y es sobre lo que se basa el proceso judicial urgente precontractual⁸, el juez administrativo ha mantenido esta orientación. Por consiguiente, el juez ha seguido apreciando de manera clásica el interés para ejercer la acción del demandante, con la mirada puesta en las conclusiones, sin tener en cuenta la propia redacción de las disposiciones relativas al proceso judicial urgente precontractual que hacían una referencia explícita al perjuicio sufrido o susceptible de sufrir⁹. Asimismo, el juez ha consagrado un enfoque objetivo del incumplimiento consistente en verificar si las obligaciones de publicidad o de concurrencia han sido o no respetadas como tales.

Por otro lado, la gran precisión exigida en los nuevos modelos de anuncios de licitación que acompañan las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE se ha convertido en una fuente, casi inagotable, de la causa invocada, aumentando así las posibilidades existentes para el demandante de obtener la anulación del procedimiento.

⁷ C. CHANTEPY, concl. sobre el CE, sect..., 3 de noviembre de 1995, *District de l'agglomération nancéienne*, núm. 52484, Rec. CE, pág. 301.

⁸ Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras. Artículo 1.1: *Los Estados miembros tomarán, en lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 71/305/CEE, las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridos de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos siguientes y, en especial, en el apartado 7 del artículo 2, con motivo de que dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de transposición del citado Derecho.* DOUE núm. L 395, de 30 de diciembre de 1989.

⁹ J.-H. STAHL y D. CHAUVAUX, «Chronique générale de jurisprudence administrative», *AJDA*, 1995, pág. 888.

B) Como prueba de esta tendencia existe una abundante jurisprudencia, de la cual se van a citar sólo algunos ejemplos.

En primer lugar, cabe observar que, lógicamente, los candidatos excluidos o potencialmente excluidos (estos últimos pudiendo ser excluidos por causa de publicidad insuficiente) pueden interponer un recurso ante el juez competente del proceso judicial urgente precontractual. En realidad, la atribución de un contrato a una tercera empresa constituye un perjuicio que lesiona sus intereses.

Aún más sorprendente es el hecho de que el candidato, siendo el único a quien se le puede adjudicar el contrato, ha sido admitido como legitimado a interponer la demanda ante el juez (proceso judicial urgente precontractual) y a pedir la anulación del procedimiento de adjudicación¹⁰. Esta sorprendente solución, incluso con respecto al recuso contencioso contra el «abuso de poder» que no reconoce al beneficiario de una decisión la legitimación para ejercitar una acción, se fundamenta en la voluntad de proteger el contrato futuro contra posibles riesgos contenciosos, a los que está expuesto un contrato concluido a través de un procedimiento irregular. En efecto, el juez no duda en calificar de negligencia culpable el hecho de que una empresa haya aceptado un contrato viciado con un procedimiento irregular, lo cual tiene repercusiones sobre sus derechos financieros en el caso de invocar un enriquecimiento sin causa de la persona pública¹¹. Por otro lado, el que contrata con una persona pública puede pedir al juez competente en la materia la prueba de la nulidad del contrato, la cual, en el proceso *SMIRGEOMES*, ya existía sobre la base de un recurso por abuso de poder de los actos separables. En este último caso, en efecto, la lógica del razonamiento procesal no es exclusiva de la estrategia empleada por la empresa, la cual puede buscar mediante el proceso judicial urgente precontractual una consulta jurídica¹² que le garantice así completamente la seguridad jurídica del procedimiento en el que participa.

En todo caso, se demuestra la flexibilidad que ha caracterizado el interés del demandante para ejercer la acción, el cual no ha tenido la obligación de alegar ninguna causa para justificar el perjuicio que podría haberle causado un eventual incumplimiento de las reglas de publicidad o de procedimiento.

De esta manera, se admitió el hecho de que cualquier candidato potencial a la adjudicación de un contrato pudiera invocar un incumplimiento, de cualquier tipo y en todo momento, incluso en ausencia de perjuicio¹³.

En la sentencia *Société Alsthom Transports SA (Alsthom Transportes SA)*, el Consejo de Estado afirma claramente que «una empresa candidata a la

¹⁰ CE, *Communauté d'agglomération de Saint-Etienne Métropole*, 19 de septiembre de 2007, núm. 269192, *Contrats-marchés publ.*, 11/2007 núm. 312, J.-P. PIETRI.

¹¹ CE, 30 de enero de 1974, *Commune de Houilles*, Rec. CE, pág. 75; CE, 21 de marzo de 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, CP-ACCP 2007, núm. 67, pág. 58, nota F. BRENET.

¹² P. CASSIA, *Pratique des référés précontractuels*, Litec, 2008, pág. 109.

¹³ CE, 16 de octubre de 2000, *Société Stéreau*, Rec. CE, tablas, pág. 1103, *Contrats-Marchés publ.* 12/2000, coment. núm. 48, F. LLORENS.

obtención de un contrato puede invocar ante el juez competente del proceso judicial urgente precontractual cualquier tipo de incumplimiento de las obligaciones de publicidad y de concurrencia, incluso si no le ha causado ningún perjuicio»¹⁴.

Otra prueba de esta línea jurisprudencial es la decisión tomada por un juez en casación, por la que considera que el juez del proceso judicial urgente precontractual ha cometido un error de derecho al limitarse a señalar, para rechazar su recurso, que la empresa demandante no ponía de manifiesto que el «incumplimiento en las obligaciones de publicidad y de concurrencia podían haber lesionado sus posibilidades de concluir el contrato impugnado»¹⁵.

Y los incumplimientos son potencialmente numerosos. Desde un punto de vista general, y con pocas excepciones, toda omisión o error relacionado con las menciones que deben figurar en los anuncios de licitación, de conformidad con los textos comunitarios o nacionales, constituyen un incumplimiento de las obligaciones de publicidad y de concurrencia, según establece el artículo L. 551-1 del Código de Justicia Administrativa, y provocan la nulidad del procedimiento. Pocos son los apartados a rellenar que han podido escapar a la cacera liderada por los demandantes. Un ejemplo de ello es, en especial, el apartado donde se indican las «modalidades básicas de financiación y de pago y/o referencias a los textos que las regulan», el cual ha conducido al juez a apreciar, con rigor en principio¹⁶ y posteriormente con un poco más de flexibilidad¹⁷, el carácter suficiente de las citadas menciones. Los apartados «Extensión o cantidad total del contrato»¹⁸, «acuerdos marco» o incluso los «códigos NUTS» no han dejado de suscitar la perplejidad de los poderes adjudicadores y el apetito correlativo de los demandantes. Lo mismo ha ocurrido con la mención de los «procedimientos de recurso»¹⁹.

En este mismo sentido se ha desarrollado la jurisprudencia ACP, la cual, en el caso aquí estudiado, no ha conseguido imponerse al procedimiento iniciado por *SMIRGEOMES*. De este modo, el poder adjudicador debe, para aquellos contratos que superen los umbrales comunitarios, utilizar los modelos anexados al reglamento núm. 1564/2005 de la Comisión de 7 de septiembre de 2005 y rellenar el apartado II.1.7 contrato cubierto por el Acuer-

¹⁴ CE, 19 de octubre de 2001, *Société Alsthom Transports SA*, Rec. CE, 2001, tablas, pág. 868, 1038; *Contrats-Marchés publ.* 01/2002, coment. núm. 7, F. LLORENS; CE, 10 marzo 2004, *Communauté d'agglomération de Limoges-Métropole*, núm. 259680.

¹⁵ CE, 8 de abril de 2005, *Société Radiometer*, Rec. CE, tablas, pág. 964; *Dr. adm.* 8/2005, coment. núm. 128, A. MÉNÉMÉNIS.

¹⁶ CE, 2 de junio de 2004, *Ciudad de Paris y Société Polyurbaine*, núm. 261060; *Dr. adm.* 2004, coment. 127, note A. MÉNÉMÉNIS; CE, 25 de junio de 2004, *Société Colas y otros*, núm. 261164, *Contrats-Marchés publ.* 2004, coment. 191, nota W. ZIMMER.

¹⁷ CE, 17 de noviembre de 2006, *ANPE*, núm. 290712, *Contrats-Marchés publ.* 2007, coment. 4, nota W. ZIMMER.

¹⁸ S. PALMIER, «Les avis de publicité doivent-ils indiquer le montant prévisionnel du marché?», *CP-ACCP*, 1/2005, pág. 46.

¹⁹ H. LETELLIER y Ph. PROOT, «L'indication des procédures de recours dans les AAPC», *Marchés-Contrats publ.*, 8/2007, pág. 6.

do sobre Contratación Pública: sí/no. Por consiguiente, necesita saber si el contrato que se va a concluir está cubierto por el ACP con referencia a uno de los cinco anexos del apéndice I del acuerdo.

El error en la calificación jurídica no ha dejado de ser perjudicial, puesto que el propio Consejo de Estado consideró, en primer lugar, que «la circunstancia de que el acuerdo internacional en materia contratos públicos no tenga ningún efecto directo (...) no puede privar de manera imperativa (...) el apartado relativo a este acuerdo»²⁰ y que, por consiguiente, la ausencia de elementos en este sentido conlleva la nulidad del procedimiento de adjudicación del contrato. En segundo lugar, el hecho de haber indicado erróneamente que el contrato no estaba cubierto por el acuerdo, aunque en realidad sí lo estaba, conllevaba también la misma consecuencia²¹. Finalmente, el hecho de que la mención afirmando que el contrato estaba cubierto por el ACP figuraba en el *DOUE* y no en el *BOAMP* implicaba igualmente la nulidad del procedimiento²².

En conclusión, ante una preocupación laudable de garantizar un efecto preventivo completo del proceso judicial urgente precontractual, el juez administrativo ha desarrollado una jurisprudencia de carácter formalista y, en algunos casos, inútilmente severa.

2. Una llamada a la evolución jurisprudencial

Es necesario ponerlo de manifiesto: las empresas, o algunas de ellas, se han servido del proceso judicial urgente precontractual para obtener una segunda oportunidad y así poder participar en el procedimiento; algunas de ellas incluso lo han utilizado como una estrategia para poder entrar en el mercado contractual.

Los entes públicos, los cuales no están nunca totalmente seguros de haber seguido totalmente el procedimiento, debido a las innombrables «trampas» existentes, son conscientes de que la jurisprudencia les expone fácilmente a una declaración de nulidad. Ahora bien, la nulidad de un procedimiento tiene consecuencias: tanto en los retrasos en la realización de una obra, como en la adjudicación de un contrato y pueden comportar consecuencias financieras y políticas.

La doctrina fue unánime desde el primer momento al estigmatizar los efectos negativos de esta jurisprudencia²³, la cual pidió al juez de practicar de nuevo una lectura más estricta del texto del artículo L. 551-1 del Código de Jus-

²⁰ CE, 14 de mayo de 2003, *Communauté d'agglomération de Lens-Liévin*, núm. 251336.

²¹ CE, 10 de marzo de 2004, *Limoges-Métropole*, núm. 259680.

²² CE, 10 de mayo de 2006, *Syndicat intercommunal des services de l'agglomération valentinoise*.

²³ F. LLORENS y P. SOLER-COUTEAUX, «Référé précontractuel: le revers de la médaille», *Contrats-Marchés publ.*, 1/2007; G. ECKERT, «Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics», *RFDA*, 2006, pág. 238; «Contenu des avis d'appel public à la concurrence: la loi est dure, mais est-ce vraiment la loi?», *Contrats-Marchés publ.*, 8/2004.

ticia Administrativa y de volver a una interpretación más realista en la práctica.

Este llamamiento fue finalmente recogido por las más altas instancias de la jurisdicción administrativa y la necesidad de una evolución fue puesta de manifiesto en el informe del Consejo de Estado de 2008, dedicado a los contratos²⁴. Este informe apareció como una premonición de la evolución jurisprudencial que posteriormente se produjo, de la misma manera que ha ocurrido en estos últimos años en otros ámbitos. Sin embargo, aunque podamos leer en el citado informe que «el proceso judicial urgente precontractual, debido al formalismo exigido por el derecho comunitario y por el derecho nacional en materia de publicidad, suele tener como consecuencia la anulación de contratos por la simple causa de vicios de forma, que en realidad no tienen ninguna incidencia en el contrato (...)», en el mismo se matiza que «para evitar los inconvenientes, que la doctrina ha destacado reiteradamente, la jurisprudencia recurre voluntariamente a la teoría de formalidades sustanciales. Desde hace poco, el Consejo de Estado se orienta hacia esta dirección».

La teoría de «formalidades sustanciales» podía, en efecto, convertirse en un instrumento para el juez competente del proceso judicial urgente precontractual que le permitiese diferenciar entre las irregularidades formales que necesariamente conllevan la anulación del procedimiento y todas las demás. Debidamente utilizada en los contenciosos sobre declaraciones de utilidad pública, y especialmente cuando el juez debe conocer sobre medidas de publicidad²⁵, la distinción entre formalidades sustanciales y no sustanciales ha sido utilizada por el juez del proceso judicial urgente. De esta manera, el Consejo de Estado decidió apreciar, en dos sentencias de la misma fecha, si las irregularidades cometidas, en esa ocasión la información de los apartados VI-4-2 y VI-4-3 del formulario anexo al Reglamento (CE) núm. 1564/2005, de 7 de septiembre de 2005, eran o no eran sustanciales en relación con las obligaciones de publicidad²⁶.

No obstante, no es la teoría de formalidades sustanciales que la sección de lo contencioso ha decidido utilizar para modificar su jurisprudencia. Es verdad que, dejando a un lado su relativa imprecisión, la noción de formalidad sustancial puede conllevar dificultades si se aplica al contencioso de contratos públicos, puesto que existe el riesgo de que el juez interno deba afrontar una contradicción entre el derecho comunitario, el cual consideraría una mención como obligatoria, y el juez competente del proceso judicial urgente precontractual, el cual estimaría que la mención no es sustancial.

Mediante un retorno a la letra del artículo L. 551-1 del Código de Justi-

²⁴ EDCE 2008, *Le contrat, mode d'action et de production de normes*, La Documentation Française.

²⁵ CE, ass., 13 de noviembre de 1998, *ADIRPABM*, núm. 160260, Rec. CE, pág. 401.

²⁶ CE, 8 de febrero de 2008, *Département de l'Essonne*, núm. 300275; 8 de febrero de 2008, *Commune de Toulouse*, núm. 303748; *AJDA*, 2008, pág. 1106, nota M. RICHER y E. CROCHEMORE.

cia Administrativa, el Consejo de Estado opera, así, una delimitación de la tarea del juez competente del proceso judicial urgente precontractual.

II. LA DELIMITACIÓN DE LA COMPETENCIA DEL JUEZ EN EL PROCESO JUDICIAL URGENTE PRECONTRACTUAL

Esta delimitación, a través de la redefinición de la legitimación para el ejercicio de la acción conforme a la letra del texto (1) confirma el arraigo del La delimitación de la competencia del juez en el proceso judicial urgente precontractual en el seno contencioso (2).

1. *Regreso a la letra del texto*

A) En la sentencia *SMIRGEOMES*, se deduce de las disposiciones del artículo L. 551-1 del Código de Justicia Administrativa que «las personas habilitadas a ejercer la acción son aquellas que tienen un interés en concluir el contrato y que pueden verse perjudicadas por este incumplimiento (...)», y que «por consiguiente pertenece al juez competente del proceso judicial urgente precontractual determinar si la empresa demandante se basa en incumplimientos que, en función de su alcance y del momento en que se producen dentro del procedimiento, pueden haberle causado algún perjuicio o que constituyan un riesgo de perjuicio, incluso de manera indirecta dando así ventaja a una empresa concurrente».

Esta nueva lectura de las disposiciones del artículo L. 551-1 del Código de Justicia Administrativa corresponde a los orígenes del proceso judicial urgente precontractual, de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras; así, se establece la «directiva recurso», el objetivo de la cual, definido en el artículo 1, es que los procedimientos de recurso sean accesibles «como mínimo a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministros o de obras y que haya sido o pueda verse perjudicada por una presunta infracción».

El carácter acumulativo de las dos condiciones previstas en estas disposiciones, posteriormente confirmado por el Tribunal de Justicia²⁷, es recogido por el legislador francés: «las personas habilitadas a ejercer la acción son aquellas que tienen un interés en concluir el contrato y que pueden verse perjudicadas por este incumplimiento».

Tal y como observa M. Dacosta en sus conclusiones, admitir como legitimado a un recurrente en el proceso judicial urgente precontractual que no se vea perjudicado por el incumplimiento supone neutralizar lo dispuesto por el legislador.

²⁷ CJCE, 19 de junio de 2003, *Werner Hackermüller*, aff. C-249/01.

B) Sin embargo, si la sentencia *SMIRGEOMES* responde a la filiación comunitaria, ésta la sobrepasa al precisar eficazmente las modalidades de aplicación. En efecto, pertenece al juez competente del proceso judicial urgente precontractual determinar los incumplimientos invocados por el demandante, los cuales pueden haberle perjudicarlo o pueden constituir un riesgo de perjuicio para él, «habida cuenta de su alcance y del momento en que se producen dentro del procedimiento».

Esta afirmación supone que un demandante, la oferta de la cual ha sido aceptada, ya no podrá alegar la existencia de un incumplimiento que afecte al procedimiento anterior a la selección de los candidatos. Por el contrario, una empresa cuya candidatura ha sido rechazada no podrá verse perjudicada por un incumplimiento que se haya producido en una fase en el procedimiento posterior.

Este sistema ha sido bien aceptado. En efecto, era difícilmente aceptable ver como algunos procedimientos, largos y costosos, eran anulados por la existencia de irregularidades que afectaban las primeras secuencias del mismo, como respuesta a recurrentes que no habían sufrido ningún tipo de perjuicio por los incumplimientos invocados.

La seguridad jurídica garantizada mediante la presente parte resolutoria encuentra, por otro lado, las preocupaciones del juez comunitario, el cual constata la necesidad de delimitar el acceso al proceso judicial urgente precontractual²⁸. Se añade a la jurisprudencia la Directiva sobre procedimientos de recurso, del 11 de diciembre de 2007²⁹, la cual debía ser transpuesta antes del 20 de diciembre de 2009. Ésta dispone que: «El refuerzo de la eficacia de los recursos nacionales debe incitar a las personas interesadas a hacer un mayor uso de las posibilidades de recurso por procedimiento de urgencia antes de la celebración del contrato. En dichas circunstancias, el uso del mecanismo corrector debe orientarse a los casos de infracciones graves de las disposiciones comunitarias»³⁰.

C) En la sentencia *SMIRGEOMES*, mediante una aplicación inmediata de los nuevos poderes de su competencia recuperada, el juez rechaza las alegaciones presentadas por la sociedad demandante arguyendo que ésta no podía verse perjudicada, por una parte, por un posible error en la mención relativa al Acuerdo sobre Contratación Pública en el anuncio de licitación y, por otra parte, por una posible imprecisión en el apartado relativo a la nomenclatura CPV (Vocabulario Común de Contratos Públicos), puesto que ambas irregularidades, en referencia a las cuales el juez no se pronuncia, forman parte de una fase del procedimiento anterior a la selección de la ofer-

²⁸ Concl. Mme Kokott, CJCE 19 de junio de 2008, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH c/ République d'Autriche*, C-454/06; *AJDA*, 2008, pág. 2008, nota J.-D. DREYFUS.

²⁹ Directiva 2007/66/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. *DOUE* L-335, de 20 de diciembre de 2007.

³⁰ Cons. núm. 28.

ta de la empresa demandante. Por consiguiente, en aplicación de la jurisprudencia relativa al apartado VI-4-2, la sentencia rechaza la causa de irregularidad que afecta a la mención relativa a los plazos y los procedimientos de recurso. Finalmente, rechaza la alegación basada en la ausencia de una fijación de los niveles mínimos de capacidad en el anuncio de licitación, ya que el poder adjudicador no está obligado a ello³¹.

2. *El arraigo reforzado del proceso judicial urgente precontractual en el seno del contencioso*

Desde sus orígenes, el juez competente del proceso judicial urgente precontractual dispone de grandes poderes, lo que le transforma en un juez con «poderes fuera de normas»³². En efecto, la originalidad del proceso judicial urgente precontractual se encuentra en el hecho que el juez, que decide en primera y última instancia, posee facultades que no tiene el juez competente de los procedimientos de urgencia ordinarios. En efecto, el juez puede tomar medidas provisionales, tales como la suspensión de la adjudicación del contrato, puede dirigir órdenes al sujeto que incumple las normas con el fin de exigirle el respeto de las obligaciones, u obligar a los entes públicos a retomar todo³³ o parte³⁴ del procedimiento de adjudicación del contrato. Asimismo, puede anular una decisión administrativa, lo que le permite poner fin al procedimiento de adjudicación. Por último, dispone del poder de supresión de cláusulas susceptibles de figurar en el contrato. Así pues, en los dos últimos supuestos, el juez toma verdaderas medidas definitivas.

Además, su campo de acción ha crecido considerablemente desde que, creyéndose investido del control de un procedimiento, más que del control de una decisión³⁵, el juez competente del proceso judicial urgente precontractual se ha liberado de la regla *non ultra petita*, por lo que ha dejado de sentirse limitado por las peticiones del demandante. De esta manera, «para cada asunto que le sea sometido, el juez dispone (...) de la integridad de los poderes que le son otorgados para poner fin, si determina su existencia, al incumplimiento de las obligaciones de publicidad y de concurrencia por parte de la administración»³⁶. Siguiendo esta lógica, el juez anuló la totalidad del procedimiento de adjudicación de un contrato «délégation de service public», a pesar de que una parte no había sido recurrida³⁷.

Erigiéndose en guardián del respeto de las reglas de publicidad y de con-

³¹ CE, 8 de agosto de 2008, *Centre hospitalier Edmond Garcin*, núm. 309652.

³² Concl. D. Casas s/ CE, 20 de octubre de 2006, *Commune d'Andeville*, núm. 289234, Rec. CE, pág. 434; *AJDA*, 2006, pág. 2340.

³³ CE, 13 de diciembre de 1996, *Synd. Intercommunal pour la valorisation des déchets du secteur de Cannes-Grasse*, Rec. CE, pág. 488.

³⁴ CE, 25 de julio de 2003, *Société Scolarest*, Rec.

³⁵ R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13 ed.^a, 2008, núm. 1664.

³⁶ CE, 20 octubre 2006, *Commune d'Andeville*, préc.; CP-ACCP 2/2007, pág. 49, nota A. ONDOUA.

³⁷ CE, 15 de diciembre de 2006, *Société Corsica Ferries*, Rec. CE, pág. 566.

currencia, en base a una concepción flexible de la legitimación para recurrir y a una aproximación objetiva de la legalidad, el juez administrativo ha hecho del proceso judicial urgente precontractual un ejemplo típico de recurso objetivo del contencioso, el cual se ha convertido en el principal instrumento contencioso del respeto objetivo de la legalidad y en todo caso de las reglas de publicidad y de concurrencia relativas a la celebración del contrato.

Esta dimensión holística³⁸ del proceso judicial urgente precontractual podría justificarse completamente en un sistema en el que, una vez firmado el contrato, ya no existiera ninguna vía de recurso que le permitiera hacer valer sus derechos para la empresa rechazada. Sin embargo, este argumento ha perdido su peso con la sentencia *Société Tropic travaux*, del 16 de julio de 2007³⁹. Con esta sentencia, el competidor excluido de la celebración de un contrato administrativo tiene la posibilidad de formular un recurso contencioso contra el contrato o algunas de sus cláusulas.

Por consiguiente, la sentencia *SMIRGEOMES* se sitúa claramente en este sistema sofisticado de recursos contenciosos, concebidos y abiertos a terceros en distintos momentos del contrato. Por otra parte, estas dos sentencias muestran la misma preocupación que tiene el juez por delimitar la legitimación para ejercitar la acción de los terceros. En la sentencia comentada, el juez procede mediante un retorno al texto, mientras que en la sentencia *Société Tropic travaux* el juez deja a un lado el nuevo recurso al «competidor excluido», rehusando así de abrirlo a terceros a pesar de la propuesta hecha por su comisario del Gobierno.

Esta misma lógica parece incitar la reciente jurisprudencia en materia de contratos. Ésta refleja una atención renovada del juez en favor de un equilibrio justo entre el respeto de la legalidad y la necesaria seguridad jurídica del contrato. De lo que se trata es de dejar de censurar a la Administración cuando sea inútil o cuando la nulidad sea una solución desproporcionada respecto a la irregularidad recurrida, y de garantizar la seguridad jurídica adquirida por el titular del contrato.

³⁸ Noción tomada de la clasificación de recursos de F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif* - Para la renovación de la clasificación de las principales vías de derecho abiertas ante las jurisdicciones de competencia nacional, LGDJ, BDP, T. 212, 2001. El autor incluye, sin embargo, el procedimiento de urgencia precontractual dentro de las acciones individualistas, que *se abren para que los administrados puedan defender sus intereses individuales y que sean garantizados por el juez*. Se oponen a las acciones holistas, con las que *el demandante pretende promover intereses que lo sobrepasan, que son los de la «totalidad social»*, pág. 280.

³⁹ CE, ass., 16 de julio de 2007, *Société Tropic travaux signalisation Guadeloupe*, CP-ACCP 10/2007, dossier Concurrents évincés: le nouveau recours de l'arrêt Société Tropic travaux; *AJDA*, 2007, pág. 1577, chron. jurispr. adm. F. LENICA y J. BOUCHER.