

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL

SRA. CHRISTINE STIX-HACKL

presentadas el 14 de septiembre de 2006¹

I. Observaciones introductorias

1. El presente procedimiento por incumplimiento tiene por objeto, al igual que otro procedimiento por incumplimiento interpuesto paralelamente,² la cuestión de cuáles son las normas que se pueden desprender del Derecho primario en materia de transparencia de los procedimientos de adjudicación. En particular, el caso de autos se refiere a las obligaciones que cabe derivar de las libertades fundamentales y de los principios generales del Derecho con respecto a los denominados servicios no prioritarios, esto es, aquellos servicios para los que la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios³ —sustituída actualmente por el denominado paquete legislativo— (en lo sucesivo, «Directiva 92/50»), prevé un régimen especial simplificado.

2. Asimismo, se trata de la interpretación y desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sentada en los asuntos Telaustria⁴ y Telefonadress y Coname.⁵

II. Marco jurídico

3. A tenor del considerando vigesimoprimero de la Directiva 92/50:

«Considerando que, durante un período transitorio, la aplicación plena de la presente Directiva debe limitarse a los contratos de servicios en relación con los cuales las disposiciones de la presente Directiva permitan el pleno desarrollo del potencial de crecimiento del comercio transfronterizo; que, por lo que se refiere a los contratos de otros servicios, es preciso que se supervisen

1 — Lengua original: alemán.

2 — Asunto C-532/03 (Comisión/Irlanda), en el cual presento igualmente mis conclusiones a día de hoy.

3 — DO L 209, p. 1.

4 — Sentencia de 7 de diciembre de 2000 (C-324/98, Rec. p. I-10745).

5 — Sentencia de 21 de julio de 2005 (C-231/03, Rec. p. I-7287).

durante un determinado período antes de decidir la plena aplicación de la presente Directiva; que conviene definir el mecanismo de esta supervisión; que, al mismo tiempo, éste debe permitir a los interesados el acceso a la información pertinente».

4. En virtud del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/50, las entidades adjudicadoras velarán por que no se cometa discriminación alguna entre los diferentes prestadores de servicios.

5. La Directiva 92/50 dedica su título II al denominado «doble régimen de aplicación». De conformidad con el artículo 8, los contratos que tengan por objeto servicios enumerados en el anexo IA se adjudicarán con arreglo a lo dispuesto en los títulos III a VI, que comprenden los artículos 11 a 37. En cambio, según el artículo 9, en el caso de los contratos que tengan por objeto los denominados servicios no prioritarios, a saber los servicios enumerados en el anexo IB, sólo habrá de estarse a lo dispuesto en los artículos 14 y 16.

6. El anexo IB enumera una serie de categorías de servicios. La categoría número 27 se refiere a «otros servicios».

7. El artículo 14 regula las especificaciones técnicas que han de recogerse en los documentos generales o en los documentos correspondientes a cada contrato.

8. El artículo 16 tiene, de forma extractada, el siguiente tenor:

«1. Las entidades adjudicadoras que hayan adjudicado un contrato público o hayan celebrado un concurso de proyectos, enviarán un anuncio con los resultados del procedimiento de adjudicación a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas.

[...]

3. En caso de contratos públicos de servicios del Anexo IB, los poderes adjudicadores deberán indicar en el anuncio si aceptan la publicación de los mismos.

4. La Comisión establecerá, con arreglo al procedimiento establecido en el apartado 3 del artículo 40, las normas que regulen la elaboración y publicación de informes periódicos basados en los anuncios contemplados en el apartado 3.

[...]»

III. Antecedentes de hecho, procedimiento administrativo previo y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

9. El 4 de diciembre de 1992, el Ministro irlandés de asuntos sociales celebró un contrato con An Post, la entidad de correos irlandesa, sin previo anuncio de licitación. En virtud de dicho contrato, los beneficiarios de prestaciones sociales pueden cobrar en las oficinas de correos las cantidades que se les adeuda.

10. El contrato inicial tenía una duración del 1 de enero de 1992 al 31 de diciembre de 1996. En mayo de 1997 fue prorrogado hasta el 31 de diciembre de 1999. La autoridad competente irlandesa publicó en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de 16 de febrero de 1999 una comunicación de información previa relativa a la adjudicación proyectada. A pesar de ello, en mayo de 1999 se decidió prorrogar el contrato hasta el 31 de diciembre de 2002. Posteriormente, se suspendió dicha decisión.

11. Como consecuencia de una queja, la Comisión inició en octubre de 1999 un intercambio de escritos con las autoridades irlandesas.

12. A raíz de la intervención de la Comisión, Irlanda no prorrogó oficialmente el contrato. An Post continúa prestando los servicios, si

bien con carácter *ad hoc*, con el fin de no interrumpir el abono de las prestaciones sociales.

13. En el ámbito del procedimiento por incumplimiento incoado por la Comisión con arreglo al artículo 226 CE, Irlanda no propuso, en opinión de la Comisión, ninguna solución a los problemas planteados. A la vista de las respuestas de Irlanda al escrito de requerimiento de 26 de junio de 2002 y al dictamen motivado de 17 de diciembre de 2002, la Comisión consideró que la actuación de Irlanda en relación con una nueva celebración de contrato constituye una infracción de lo dispuesto en el Tratado CE, por lo que interpuso un recurso ante el Tribunal de Justicia.

14. En su recurso, la Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

— Declare que Irlanda ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado, al contratar con An Post una prestación de servicios sin realizar ninguna publicidad previa.

— Condene a Irlanda al pago de las costas de la Comisión.

15. Irlanda solicita al Tribunal de Justicia que:

- Desestime el recurso interpuesto por la Comisión.

- Condene a la Comisión al pago de las costas de Irlanda.

IV. Alegaciones de las partes principales y de las partes coadyuvantes

A. Comisión

16. La Comisión considera que el hecho de que el contrato controvertido esté incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50 no impide la aplicación de la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia en relación con las libertades fundamentales reconocidas en el Tratado y con la aplicación de los principios generales concretados específicamente en dichas libertades fundamentales.

17. Según la Comisión, la obligación de los Estados miembros de observar los principios generales se confirma por la propia Directiva

en su artículo 3, apartado 2, el cual impone a las entidades adjudicadoras la obligación general de evitar toda discriminación entre los prestadores de servicios. Esta obligación vincula a las autoridades irlandesas tanto en lo relativo a los servicios del anexo IB como a los del anexo IA.

18. La Comisión afirma que su interpretación es la única coherente con la «lógica del Tratado en materia de mercado interior». En su opinión, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia establece claramente que las disposiciones del Tratado sobre libertad de establecimiento y libre prestación de servicios imponen obligaciones a los Estados miembros a la hora de adjudicar contratos públicos no incluidos en el ámbito de aplicación de las directivas. Así sucede tanto con aquellos contratos que (como las concesiones de servicios) no se encuentran expresamente amparados por las directivas, como con aquellos otros que, pese a estar previstos en ellas, se refieren a valores inferiores a los umbrales fijados en las diferentes directivas.

19. Por consiguiente, la Comisión alega que iría directamente en contra de la lógica del mercado interior que los Estados miembros pudieran abstenerse de realizar todo tipo de publicidad respecto de contratos cuyo valor supera los umbrales económicos por el mero hecho de que los servicios a que se refieren dichos contratos se encuentran incluidos en el anexo IB de la Directiva, toda vez que el

Derecho comunitario exige en tales supuestos un anuncio de licitación adecuado incluso aunque el contrato no esté incluido en el ámbito de aplicación de las directivas por su estructura o valor.

20. Según la Comisión, únicamente en caso de que una directiva realice una armonización exhaustiva, las medidas nacionales sólo habrán de valorarse en atención a lo dispuesto en tal directiva, sin atender asimismo a lo dispuesto en el Tratado CE.

21. En relación con el argumento de que el objetivo que pretende la Comisión sólo puede alcanzarse por la vía legislativa, la Comisión alega que una directiva no puede establecer excepciones al Derecho primario. Las obligaciones derivadas del Derecho primario se superponen a las de las directivas. El Derecho secundario tiene la finalidad de completar el Derecho primario y de facilitar el cumplimiento de los objetivos establecidos por éste.

22. Finalmente, la Comisión destaca que el Derecho primario contiene disposiciones mucho menos estrictas que la Directiva. En contra de lo que entienden las coadyuvantes, la Comisión no pretende que se proceda en todo caso a un anuncio de licitación. La Comisión tampoco exige que Irlanda aplique a los servicios no prioritarios la regulación de los servicios prioritarios.

23. En cuanto atañe a la seguridad jurídica, la Comisión recuerda que el respeto, en el ámbito de las adjudicaciones, de los límites establecidos por el Derecho primario no constituye ninguna peculiaridad.

B. Irlanda

24. Irlanda se opone a las alegaciones formuladas por la Comisión. Por una parte, considera que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia citada por la Comisión no es aplicable al caso y lo justifica mediante comentarios a cada uno de los asuntos y a las correspondientes alegaciones de la Comisión. Por otra parte, señala que, a la vista de que resulta de aplicación la Directiva 92/50, las medidas adoptadas por Irlanda han de valorarse con respecto a dicha Directiva y no en relación con las libertades fundamentales.

25. Por otro lado, Irlanda alega que la actuación de la Comisión vulnera los principios de transparencia, protección de la confianza legítima y seguridad jurídica. Señala que la Comisión, en vez de presentar una propuesta de modificación de la Directiva, como era su obligación con arreglo al artículo 43 de esta última, se ampara en «conceptos nebulosos». Además, afirma que la Comisión omitió incluir la correspon-

diente modificación en la propuesta que, en el año 2004, dio lugar a la adopción de la Directiva 2004/18/CE.

26. Según Irlanda, la Comisión pretende que el Tribunal de Justicia sustituya al Consejo en calidad de legislador. Asimismo, Irlanda señala que la Comisión intenta imponerle obligaciones que la Directiva 92/50 excluye expresamente. Con ello, la Comisión conculca igualmente el equilibrio institucional. En opinión de Irlanda, si la Comisión considera que la obligación de proceder a un anuncio de licitación se desprende del principio de igualdad, habrá que plantearse qué sentido tiene la Directiva.

C. Partes coadyuvantes

27. El Reino de Dinamarca, la República de Finlandia, la República Francesa y el Reino de los Países Bajos se han personado en el procedimiento como coadyuvantes de Irlanda.

28. En opinión de los *Gobiernos danés, finlandés, francés y neerlandés*, los servicios objeto de controversia se rigen exclusivamente por los artículos 14 y 16 de la Directiva 92/50. Por lo tanto, señalan, las demás disposiciones en materia de publicidad no resultan aplicables a los servicios no prioritarios. Consideran que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia tampoco se

desprende ninguna obligación de proceder en todo caso a un anuncio de licitación. Asimismo, se remiten a lo prescrito por el principio de seguridad jurídica, vulnerado en su opinión por la interpretación extensa que defiende la Comisión. En este contexto, señalan que la infracción de las normas de procedimiento aplicables a las entidades adjudicadoras puede implicar una responsabilidad por daños y perjuicios.

29. El Gobierno danés alega que ni del artículo 3 de la Directiva 92/50 ni de los artículos 12 CE, 43 CE y 49 CE se desprende ninguna obligación de atenerse a un procedimiento de adjudicación determinado. Añade que la sumisión de los servicios no prioritarios a normas de procedimiento detalladas vulneraría los principios de proporcionalidad y subsidiariedad.

30. En su opinión, las medidas nacionales sólo pueden valorarse con respecto a las normas de armonización, y no en relación con el Derecho primario. Por otro lado, señala que la Comisión, en coherencia con su opinión jurídica, hubiese debido cuestionar la validez de la Directiva.

31. Las coadyuvantes aluden, por un lado, a la génesis y a la finalidad de la Directiva 92/50. Por otro, recuerdan –remitiéndose, en parte, al deber de revisión que recoge la Directiva 92/50– que ni siquiera la propia Comisión, en su propuesta de modificación

de las directivas sobre adjudicación de contratos que dio lugar concretamente a la adopción de la Directiva 2004/18/CE, sugirió modificación alguna del sistema por el cual los servicios no prioritarios continúan rigiéndose por un régimen simplificado.

queda pendiente dilucidar qué otras disposiciones del Derecho comunitario han de tenerse además en cuenta como baremo a efectos de evaluación. En un recurso directo como el procedimiento por incumplimiento, el baremo viene determinado por las pretensiones del demandante, en este caso la Comisión.

V. Apreciación

A. Objeto del presente procedimiento por incumplimiento

32. En relación con el objeto del presente procedimiento por incumplimiento, existen varios aspectos no controvertidos entre las partes. Se trata primeramente de la circunstancia de que el contrato público litigioso se inscribe en la clase 913 del CPC (Clasificación central de productos). Pertenece a la categoría 27 «otros servicios» del anexo IB de la Directiva 92/50. Por consiguiente, ha de calificarse de servicio no prioritario. Consta asimismo que, en el caso de autos, se supera el umbral establecido en el artículo 7, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50.

33. Así pues, mientras que la cuestión acerca de la posible inclusión del contrato público controvertido en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50 y de la eventual sujeción de dicho contrato a algún régimen especial puede responderse con relativa facilidad,

34. Tal y como se desprende del escrito de demanda, la Comisión solicita que se constate la existencia de un doble incumplimiento. En primer lugar, alega una vulneración de las libertades fundamentales, en particular de las recogidas en los artículos 43 CE y 49 CE. En segundo lugar, aduce una violación de los principios generales del Derecho comunitario, concretamente los de transparencia e igualdad (no discriminación).

35. Además, en el procedimiento seguido ante el Tribunal de Justicia se hizo referencia a otra disposición: el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/50. Según dicho precepto, las entidades adjudicadoras velarán por que no se cometa discriminación alguna entre los diferentes prestadores de servicios.

36. La Comisión pretende deducir de dicho precepto un deber aplicable a todo tipo de servicios y, por tanto, también a aquéllos objeto del presente procedimiento, a saber, los servicios no prioritarios.

37. Sin embargo, la Comisión omitió incluir en el *petitum* de la demanda la infracción del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/50. Si bien hace referencia a dicho precepto en el escrito de demanda,⁶ ello no es suficiente, puesto que, con tal referencia, la Comisión sólo intenta justificar que incluso la propia Directiva regula expresamente una prohibición de discriminación. Ello confirma, en opinión de la Comisión, que los Estados miembros han de respetar los correspondientes principios generales del Derecho. Debe añadirse que, en el dictamen motivado, la Comisión también se limitó a criticar la infracción de los artículos 43 CE y 49 CE.

38. En cambio, la Comisión aborda la supuesta vulneración de los principios generales del Derecho no sólo en la valoración jurídica de los hechos, sino igualmente en el apartado del escrito de demanda en el que finalmente resume las disposiciones que, en su opinión, se han infringido (punto 56). Otro tanto sucede con la supuesta infracción de los artículos 43 CE y 49 CE.

39. Por consiguiente, no procede profundizar en la cuestión de cuáles son los efectos jurídicos que despliega el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/50 sobre los denominados servicios no prioritarios.

B. Sobre la aplicación supletoria del Derecho primario con respecto a las Directivas

40. El caso de autos no se refiere a la problemática, ya resuelta –al menos en cuanto a sus principios–, de la aplicabilidad del Derecho primario al margen de las directivas sobre adjudicación de contratos. En efecto, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia,⁷ las normas del Derecho primario resultan aplicables a las adjudicaciones que no se rijan por ninguna de las directivas. En cambio, la cuestión que aquí se plantea es si las disposiciones del Derecho primario también se pueden aplicar a aquellos hechos que están regulados por las directivas.

41. Pero tampoco este problema jurídico es completamente nuevo. Recuérdese la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual las disposiciones del Derecho primario, particularmente las libertades fundamentales, también resultan aplicables a los contratos públicos regulados por las directivas sobre adjudicación de contratos.

42. Concretamente, en un procedimiento por incumplimiento interpuesto igualmente contra Irlanda, el Tribunal de Justicia declaró que «al permitir la inserción, en el expediente de licitación relativo a un contrato de obras públicas, de una cláusula [...], Irlanda

6 — Punto 43.

7 — Sentencias Coname (citada en la nota 5), apartado 16, y de 20 de octubre de 2005, Comisión/Francia (C-264/03, Rec. p. I-8831), apartado 32.

ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 30 del Tratado CEE». ⁸ El Tribunal de Justicia se pronunció en sentido similar en otro procedimiento por incumplimiento, el asunto relativo a Storebælt, en el cual constató una infracción de los artículos 30, 48 y 59 del Tratado CEE. ⁹

43. Ha de añadirse una reciente sentencia, dictada en otro procedimiento por incumplimiento, en la que el Tribunal de Justicia constató una infracción del artículo 49 CE. El asunto se refería, al igual que el relativo a Storebælt, al contenido de un pliego de condiciones, en particular a determinados subcriterios relativos a los criterios de adjudicación del contrato. ¹⁰

44. El Tribunal de Justicia también ha confirmado en otros contextos el principio de complementariedad y supletoriedad del Derecho primario a efectos de interpretación de las directivas.

45. La sentencia HI constituye una valiosa referencia a este respecto. En dicho procedimiento, el Tribunal de Justicia declaró que «si bien es verdad que, al margen de la exigencia de comunicación de la motivación del acuerdo por el que se cancela una licitación, la Directiva 92/50 no contiene

ninguna disposición específica relativa a los requisitos de fondo o de forma de tal acuerdo, no es menos cierto que éste se halla sujeto a las reglas fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, a los principios consagrados por el Tratado CE en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios». ¹¹

46. En el apartado 47 de dicha sentencia, el Tribunal de Justicia se pronunció en términos más generales al formular: «a pesar de que la Directiva 92/50 no prevé específicamente el procedimiento de cancelación de una licitación para un contrato público de servicios, [...]».

47. El Tribunal de Justicia ha confirmado el principio de supletoriedad del Derecho primario en otra resolución. ¹² El hecho de que optase por resolver mediante auto muestra que considera zanjada esta cuestión jurídica.

48. De forma similar, el Tribunal de Justicia declaró en el asunto Makedoniko Metro y Michaniki que «*aun a falta*, en las directivas comunitarias en materia de contratos públicos, *de disposiciones específicamente aplicables*, los principios generales del Derecho

8 — Sentencia de 22 de septiembre de 1988, Comisión/Irlanda (45/87, Rec. p. I-4929), apartado 27.

9 — Sentencia de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca (C-243/89, Rec. p. I-3353).

10 — Sentencia de 27 de octubre de 2005, Comisión/España (C-158/03, no publicada en la Recopilación, DO C 330, p. 1), así como la sentencia dictada con la misma fecha en el procedimiento de decisión prejudicial paralelo, Contse y otros (C-234/03, Rec. p. I-9315).

11 — Sentencia de 18 de junio de 2002 (C-92/00, Rec. p. I-5553), apartado 42.

12 — Auto de 16 de octubre de 2003, Kauppatalo Hansel (C-244/02, Rec. p. I-12139), apartados 31 y 33.

comunitario [...] rigen igualmente los procedimientos de licitación de contratos públicos». ¹³

49. Si bien la sentencia *Unitron Scandinavia y 3-S*, ¹⁴ citada en el caso de autos, también se refiere a la transparencia, dicho asunto trataba de la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad y no del deber de igualdad de trato como principio general del Derecho, es decir, del principio de igualdad.

50. Así pues, procede constatar que el Tribunal de Justicia ha confirmado el principio según el cual el Derecho primario también resulta aplicable a aquellas adjudicaciones que se rigen por las directivas sobre adjudicación de contratos. Ahora bien, ha de analizarse el alcance de dicho principio. En virtud del principio que configura la relación entre el Derecho primario y el Derecho derivado, la aplicación del Derecho primario queda excluida en la medida en que los hechos estén regulados exhaustivamente por normas del Derecho derivado. ¹⁵ Por lo tanto, el Derecho comunitario establece límites a la aplicación supletoria del Derecho primario.

51. Si bien la actual jurisprudencia del Tribunal de Justicia pone de manifiesto que el contenido de los criterios de adjudicación y las modalidades de cancelación no están regulados de forma exhaustiva por las directivas sobre adjudicación de contratos, aún queda por analizar cómo ha de evaluarse la regulación de la obligación de transparencia en materia de servicios no prioritarios.

C. Sobre el carácter exhaustivo de la regulación que contiene la Directiva 92/50 en materia de obligación de transparencia aplicable a los servicios no prioritarios

52. El caso de autos se caracteriza por tratar de la aplicación del Derecho primario en relación con una adjudicación sujeta a un régimen especial regulado por una directiva sobre adjudicación de contratos.

53. Dicho sea de paso, la categoría de los servicios no prioritarios no es la única categoría de adjudicaciones para la que las directivas sobre adjudicación de contratos prevén un régimen especial. Así, la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, ¹⁶ establece un régimen simplificado para las concesiones de obras. De forma similar al artículo 9 de la Directiva 92/50, el artículo 3, apartado 1, de la

13 — Sentencia de 23 de enero de 2003 (C-57/01, Rec. p. I-1091), apartado 69; la cursiva es mía.

14 — Sentencia de 18 de noviembre de 1999 (C-275/98, Rec. p. I-8291), apartados 30 y ss.

15 — Sentencias de 12 de octubre de 1993, *Vanacker y Lesage* (C-37/92, Rec. p. I-4947), apartado 9; de 13 de diciembre de 2001, *DaimlerChrysler* (C-324/99, Rec. p. I-9897), apartado 32, y de 11 de diciembre de 2003, *Deutscher Apothekerverband* (C-322/01, Rec. p. I-14887), apartado 64.

16 — DO L 199, p. 54.

Directiva 93/37 enumera los preceptos de la Directiva que le resultan aplicables. Sin embargo, a diferencia de lo dispuesto en la Directiva 92/50 en materia de servicios no prioritarios, la Directiva 93/37 también somete a las concesiones de obras a la obligación de publicar un anuncio con un determinado contenido mínimo (artículo 11 de la Directiva 93/37).

54. Como puntualización, interesa observar que en el presente procedimiento no se cuestiona si las obligaciones que establece la Directiva 92/50 para los servicios prioritarios rigen igualmente para los servicios no prioritarios, es decir, si tales obligaciones son aplicables directamente o al menos por analogía.

55. Asimismo, ha de señalarse que lo esencial no es que la totalidad de la Directiva se pueda calificar de medida de armonización exhaustiva, sino que el aspecto pertinente esté o no regulado con dicha cualidad. En el Derecho comunitario resulta incluso habitual que las directivas contengan una regulación exhaustiva respecto de determinados hechos y no respecto de otros.¹⁷ El Tribunal de Justicia ha declarado, en relación con una directiva sobre adjudicación de contratos, que ésta no establece una normativa comunitaria uniforme y exhaustiva y que

los Estados miembros han de respetar todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario.¹⁸

56. Las disposiciones del Derecho primario serán aplicables a la adjudicación de servicios no prioritarios en la medida en que *a este respecto* no exista una armonización exhaustiva. Por el contrario, no se requiere que la Directiva 92/50 no efectúe una armonización exhaustiva de los servicios no prioritarios en su conjunto. En el caso de autos, sólo ha de comprobarse si la Directiva 92/50 regula la obligación de transparencia de forma exhaustiva, tal y como opinan Francia y los Países Bajos. De no ser así, resultará aplicable la jurisprudencia del Tribunal de Justicia antes citada, relativa a los criterios de adjudicación y a la cancelación.

57. Procede citar en este contexto la sentencia Contse y otros, en la que el Tribunal de Justicia partió de la base de que las libertades fundamentales son aplicables a los servicios no prioritarios. Como observación marginal, nótese que, con arreglo a la remisión efectuada por el artículo 9 de la Directiva 92/50, en materia de servicios no prioritarios no rige siquiera la incompleta regulación de dicha Directiva relativa a los criterios de adjudicación del contrato.

17 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 19 de marzo de 1998, *Compassion in World Farming* (C-1/96, Rec. p. I-1251), apartados 55 y 56, y de 14 de diciembre de 2004, *Radlberger Getränkegesellschaft y S. Spitz* (C-309/02, Rec. p. I-11763), apartados 53 y ss.

18 — En concreto, en relación con la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 185, p. 5; EE 17/03, p. 9); sentencia de 9 de julio de 1987, CEI y otros (asuntos acumulados 27/86 a 29/86, Rec. p. 3347), apartado 15.

58. Sin embargo, el caso de autos no trata ni de la configuración de los criterios de adjudicación ni de la cancelación, sino de un aspecto muy concreto de la transparencia, a saber, la publicidad *ex ante* de una contratación. Para comprobar si la Directiva 92/50 armoniza exhaustivamente el aspecto relevante al caso de autos, a saber la obligación de transparencia, ha de estarse, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a los términos del precepto en cuestión, a su contexto y a los objetivos de la norma de la que forma parte.¹⁹

59. Tal y como ha declarado el Tribunal de Justicia, la interpretación ha de centrarse en el considerando vigesimoprimer y en el artículo 9 de la Directiva 92/50.²⁰

60. El considerando vigesimoprimer de la Directiva 92/50 señala que, durante un período transitorio, la aplicación plena de la Directiva debe limitarse a los contratos de servicios en relación con los cuales las disposiciones de la Directiva permitan el pleno desarrollo del potencial de crecimiento del comercio transfronterizo. En cambio, por lo que se refiere a los contratos de otros servicios durante el mismo período, sólo se definió un mecanismo de supervisión.

61. Los términos del precepto básico, el artículo 9 de la Directiva 92/50, ponen de manifiesto que los servicios no prioritarios se adjudicarán con arreglo a las disposiciones citadas expresamente, a saber, los artículos 14 y 16. Mientras que el artículo 14 establece «Normas comunes en el sector técnico», el artículo 16 regula *determinados* aspectos de la transparencia. Por lo tanto, en lo relativo a la transparencia aplicable a los servicios no prioritarios, el legislador comunitario no se remite íntegramente al título V de la Directiva, rubricado «Normas comunes de publicidad», sino sólo a una parte del mismo.

62. Así pues, el legislador comunitario decidió conscientemente imponer tan sólo determinadas obligaciones de transparencia en cuanto atañe a los servicios no prioritarios. Por ejemplo, el artículo 16, apartado 1, establece el deber de enviar a la Oficina de Publicaciones los resultados del procedimiento de adjudicación.

63. A los efectos del presente procedimiento por incumplimiento, resulta fundamental que el legislador comunitario decidiese no incluir el importante artículo 11 en la remisión. Dicho precepto regula, entre otros aspectos, los requisitos para que la entidad adjudicadora pueda optar por un procedimiento negociado sin anuncio. Ello permite proceder a la denominada adjudicación directa, es decir, a una adjudicación sin anuncio de licitación. Por lo tanto, tales requisitos no fueron trasladados a los servicios no prioritarios.

19 — Sentencias *Compassion in World Farming* (citada en la nota 17), apartado 49, y de 19 de octubre de 1995, *Hönig* (C-128/94, Rec. p. I-3389), apartado 9.

20 — Sentencia de 14 de noviembre de 2002, *Felix Swoboda* (C-411/00, Rec. p. I-10567), apartados 46 y 47.

64. Según el artículo 16, apartado 2, lo dispuesto en los artículos 17 a 20 sólo se aplicará a los servicios prioritarios. Dichas disposiciones regulan, en esencia, los modelos de anuncios y los plazos.

65. Por consiguiente, resulta pertinente la alegación de la Comisión según la cual los artículos 14 y 16 de la Directiva no regulan el aspecto objeto del procedimiento. La Comisión extrae de este hecho la precipitada conclusión de que ello basta para dar entrada al Derecho primario. Sin embargo, procede examinar previamente si la circunstancia de que sólo se regulen expresamente determinados aspectos permite concluir que no existe una armonización exhaustiva.

66. Dicha cuestión tiene carácter preliminar con respecto a la de si en materia de servicios no prioritarios, aun cuando no hayan de respetarse las estrictas disposiciones de la Directiva 92/50, han de respetarse al menos las disposiciones, menos estrictas, del Derecho primario.

67. La cuestión preliminar ha de responderse en el sentido de que la Directiva 92/50 no contiene una regulación exhaustiva de la transparencia en relación con la adjudicación de servicios no prioritarios, sino que ha de aplicarse supletoriamente el Derecho primario.

68. De interpretarse lo contrario, resultaría que las adjudicaciones completamente excluidas de la Directiva 92/50, como por ejemplo las concesiones de servicios, estarían sujetas a normas más estrictas, según lo establecido en las sentencias Telaustria y Telefonadress y Coname, que los servicios no prioritarios. Ciertamente, cabría una solución alternativa consistente en reducir el estándar, es decir el nivel de transparencia, respecto de las adjudicaciones excluidas y aplicar a los servicios no prioritarios dicho estándar reducido o bien uno ligeramente superior.

D. Sobre el concreto contenido del precepto cuya infracción se alega

69. Para poder constatar una infracción del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia ha de analizar ante todo el contenido del precepto cuya infracción se alega. No es posible juzgar el comportamiento de un Estado miembro sin haber precisado el baremo de evaluación.

70. En un recurso directo como el presente procedimiento por incumplimiento, incumbe al demandante, en este caso la

Comisión, especificar en qué consistían las obligaciones del Estado miembro demandado.

71. Bien es cierto que, en el procedimiento escrito, la Comisión no se limitó a señalar la existencia de obligaciones derivadas tanto de los artículos 43 CE y 49 CE como de ciertos principios, sino que al menos alegó que, con arreglo a la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia en relación con dichas disposiciones de Derecho primario, ha de garantizarse un nivel de transparencia adecuado. Sin embargo, en esencia, la Comisión no fue más allá.

72. En este contexto, la Comisión cita una sentencia²¹ que resuelve acerca de dos procedimientos por incumplimiento. A este respecto, debe observarse que en aquellos procedimientos existía una clara obligación que se desprendía de la Directiva 93/37. Dicha norma regulaba expresamente la obligación de proceder a un anuncio e incluso prescribía el contenido mínimo de éste mediante determinados modelos.

73. En el presente procedimiento faltan precisamente semejantes disposiciones de Derecho comunitario. En efecto, la Directiva aplicable al caso de autos no establece un determinado tipo de publicidad previa. Lo mismo sucede con la jurisprudencia relativa a las libertades fundamentales y a los

principios generales del Derecho, citada repetidamente a lo largo del procedimiento. Tampoco de la resolución más reciente dictada por el Tribunal de Justicia en relación con el problema aquí analizado, la sentencia Coname, puede desprenderse ninguna obligación concreta, sino sólo principios de carácter general.

74. Si el presente procedimiento por incumplimiento se refiriese a la compatibilidad de una ley nacional sobre adjudicación de contratos, podría defenderse una interpretación menos severa de la carga de la exposición que pesa sobre la parte demandante. Sin embargo, el caso de autos trata de la sanción de un comportamiento concreto, es decir, de un concreto contrato público. La exposición de la Comisión debería ser correlativamente concreta.

75. Si bien el presente procedimiento se refiere *de iure* a un caso individual, el problema jurídico que tiene por objeto es de trascendencia general en la práctica. Cómo se supone que cada una de las numerosas entidades adjudicadoras y concedentes ha de configurar su sistema de adjudicación de contratos, habida cuenta de que el marco jurídico es semejantemente impreciso y que ni tan siquiera la Comisión, que incoa procedimientos por incumplimiento contra los Estados miembros –con sus correspondientes procedimientos administrativos previos–, puede o quiere precisar concretamente las normas que han de cumplirse en particular. La circunstancia de

21 — Sentencia de 27 de octubre de 2005, Comisión/Italia (asuntos acumulados C-187/04 y C-188/04, no publicada en la Recopilación, DO C 36, p. 11).

que, al faltar hasta hace sólo unas semanas Comunicaciones interpretativas en la materia, no esté claro cuál es exactamente la postura adoptada por la Comisión, no puede redundar en perjuicio de los Estados miembros afectados. Precisamente esta circunstancia debería haber inducido a la Comisión a facilitar datos más concretos sobre el contenido de la obligación cuya infracción alega.

76. Desde este punto de vista, también en este procedimiento cabe aplicar a la Comisión la siguiente observación, formulada por el Abogado General Jacobs en otro procedimiento de adjudicación de contratos: «Sin embargo, no precisó de qué formas concretas podían cumplirse dichos requisitos».²²

77. El principio por el cual ha de respetarse un nivel adecuado de transparencia significa, como regla general, la publicación de un anuncio (de licitación). Ciertamente, hay una serie de excepciones y causas de justificación que he analizado en profundidad en mis conclusiones al asunto Coname²³ y en las conclusiones que presento con fecha de hoy en el litigio pendiente C-532/03,²⁴ paralelo al presente procedimiento por incumplimiento. Por consiguiente, procede analizar a continuación si en el caso de autos concurre alguna de dichas excepciones o causas de justificación. Dado que el Tribunal de Justicia no efectúa dicho análisis de oficio,

22 — Conclusiones presentadas por el Abogado General Jacobs el 21 de abril de 2005 en el asunto en el que recayó el auto de 23 de marzo de 2006, *Impresa Portuale di Cagliari (C-174/03)*, no publicadas en la Recopilación), punto 77.

23 — Conclusiones presentadas el 12 de abril de 2005 en el asunto Coname (sentencia citada en la nota 5), puntos 58 y ss.

24 — Puntos 86 y ss.

la siguiente exposición se limita a las alegaciones pertinentes presentadas a lo largo del procedimiento.

78. En primer lugar, procede señalar que el Estado miembro demandado no ha podido acreditar la concurrencia de alguna causa de justificación prevista expresamente en el Tratado o reconocida jurisprudencialmente. Otro tanto cabe decir con respecto a la aplicación analógica de alguna de las excepciones reguladas en las directivas.²⁵

79. En efecto, no cabe excluir que también existan supuestos en que se pueda llevar a cabo un procedimiento de adjudicación sin previo anuncio, es decir, sin anuncio de licitación. Claro está que tales circunstancias no concurrían en el caso de autos o, al menos, no se han acreditado.

80. Ni siquiera el hecho de que el nivel de transparencia dependa de las circunstancias concretas de la adjudicación, como su objeto y su valor, permite concluir que en el caso de autos fuera posible apartarse de la obligación de proceder a algún tipo de publicación.

81. Por otro lado, ha de examinarse la alegación de Irlanda, según la cual la actuación de la Comisión vulnera los princi-

25 — Por ejemplo, en el artículo 11, apartado 3, de la Directiva 92/50 o en el artículo 31 de la Directiva 2004/18/CE.

pios de protección de la confianza legítima y de seguridad jurídica. A este respecto, procede señalar una circunstancia que no se ha mencionado en el procedimiento: el Estado miembro demandado adoptó la medida censurada por la Comisión en mayo de 1999, mientras que la sentencia *Telaustria y Telefonadress*, en la que se definió la transparencia como principio del Derecho primario, no se dictó hasta el año 2000.

84. En suma, el análisis de los hechos censurados por la Comisión ha evidenciado que no concurrían circunstancias que permitieran realizar los servicios controvertidos sin proceder a algún tipo de publicación.

VI. Costas

82. A estos efectos, procede recordar que las sentencias interpretativas dictadas en los procedimientos de decisión prejudicial basados en el artículo 234 CE tienen, en principio, efectos retroactivos. Ni la sentencia *Telaustria y Telefonadress* ni la sentencia *Coname* establecen excepciones a este respecto. En un procedimiento por incumplimiento basado en el artículo 226 CE, como es el caso de autos, no está prevista tal posibilidad.

85. A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber sido desestimadas las pretensiones de Irlanda, procede condenarla a abonar las costas de la Comisión, de acuerdo con lo solicitado por esta última.

83. Las cuestiones jurídicas relativas a la valoración de las sentencias del Tribunal de Justicia en las que se determinan obligaciones de los Estado miembros inesperadas hasta esa fecha podrían aclararse, eventualmente, en un segundo procedimiento por incumplimiento basado en el artículo 228 CE, ahora bien, sólo en caso de incumplimiento de la sentencia del presente procedimiento. Tal circunstancia podría tenerse en cuenta a efectos del cálculo de la sanción económica.

86. Se han personado como partes coadyuvantes en el litigio el Reino de Dinamarca, la República de Finlandia, la República Francesa y el Reino de los Países Bajos. En virtud del artículo 69, apartado 4, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento, las coadyuvantes soportarán sus propias costas.

VII. Conclusión

87. A la vista de cuanto antecede, propongo al Tribunal de Justicia que:

- «1) Declare que Irlanda ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado, al contratar con An Post una prestación de servicios sin realizar ninguna publicidad previa, a pesar de que no concurrían circunstancias que permitieran prescindir de toda publicación.
- 2) Condenar a Irlanda a abonar las costas de la Comisión.
- 3) El Reino de Dinamarca, la República de Finlandia, la República Francesa y el Reino de los Países Bajos soportarán sus propias costas.»