

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. L.A. GEELHOED

presentadas el 28 de noviembre de 2002 ¹

I. Introducción

1. En estos dos procedimientos por incumplimiento la Comisión solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República Federal de Alemania ha incumplido varias de las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios² (en lo sucesivo, «Directiva 92/50»). Se le reprocha al municipio Bockhorn y a la ciudad de Braunschweig haber adjudicado, sin previo anuncio de licitación de ámbito europeo, los contratos para el tratamiento de aguas residuales y el tratamiento de residuos.

2. El Gobierno alemán no niega que para adjudicar los dos contratos en cuestión debería haberse aplicado el procedimiento comunitario, si bien alega la inadmisibilidad de los recursos interpuestos por la Comisión. Antes de expirar los plazos señalados en el dictamen motivado había admitido tales incumplimientos, y afirma que no subsisten, ya que se consumaron al ser cometidos. La Comisión se opone a esta

interpretación argumentando que las consecuencias del incumplimiento siguen siendo sensibles. Los acuerdos celebrados aún se aplican y las obligaciones asumidas tienen una vigencia superior a treinta años.

3. Ambos procedimientos tienen por objeto la cuestión de si la Comisión tiene aún interés para ejercitar la acción. Se plantea asimismo la cuestión si el procedimiento por incumplimiento regulado en el artículo 226 CE no debe dirigirse también a la prevención de infracciones sistemáticas de las normas de procedimiento contenidas en la Directiva 92/50. Además, el asunto C-28/01 es de interés por la aplicación de criterios ecológicos para interpretar la Directiva 92/50.

II. Marco jurídico

4. El artículo 8 de la Directiva establece que los contratos que tengan por objeto servicios enumerados en el anexo I A se adjudicarán con arreglo a lo dispuesto en los títulos III a VI.

1 — Lengua original: neerlandés.

2 — DO L 209, p. 1.

5. El título V (artículos 15 a 22) contiene normas comunes de publicidad. El artículo 15, apartado 2, de la Directiva 92/50 determina que las entidades adjudicadoras que deseen adjudicar un contrato público de servicios mediante procedimiento abierto, restringido o —siempre que se reúnan las circunstancias descritas en el artículo 11— negociado, darán a conocer su intención por medio de un anuncio.

6. El artículo 11, apartado 3, de la Directiva 92/50 establece lo siguiente:

«Las entidades adjudicadoras podrán adjudicar contratos públicos de servicios por procedimiento negociado, sin publicar previamente un anuncio de licitación, en los siguientes casos:

[...]

- b) cuando, por razones técnicas o artísticas o por cualquier otra razón relacionada con la protección de derechos exclusivos, los servicios sólo puedan ser prestados por un determinado prestador de servicios;

[...]»

7. Según el artículo 16, apartado 1, de la Directiva 92/50, 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.

III. Hechos y procedimiento

A. Hechos y procedimiento administrativo previo en el asunto C-20/01

8. El municipio de Bockhorn, situado en el Estado federado de Baja Sajonia, firmó un contrato con la empresa de distribución de energía Weser-EMS AG (en lo sucesivo, «EWE») para el tratamiento de aguas residuales. El contrato entró en vigor el 1 de enero de 1997 con una vigencia de mínima de treinta años.

9. El 30 de abril de 1999, de conformidad con el artículo 226 CE, la Comisión dirigió a la República Federal de Alemania un escrito de requerimiento. En él señalaba que al adjudicar dichos contratos las autoridades alemanas no habían respetado las disposiciones de la Directiva 92/50.

10. En su respuesta de 11 de julio de 1999, el Gobierno alemán reconoce que el contrato que celebró el municipio de Bockhorn habría debido adjudicarse conforme a la legislación europea. Señaló que las autoridades del Estado federado de Baja Sajonia indicaron de forma expresa a las autoridades locales que debían cumplir estrictamente las disposiciones comunitarias aplicables.

11. El 21 de marzo de 2000, la Comisión emitió un dictamen motivado en el que señalaba que debían aplicarse las disposiciones de la Directiva 92/50 y que era jurídicamente irrelevante que el Gobierno alemán hubiera reconocido la infracción de las disposiciones comunitarias. La Comisión invitó a dicho Gobierno a recordar inmediatamente la situación jurídica a las autoridades en cuestión y a obligarlas a aplicar en el futuro las normas aplicables en materia de adjudicación.

12. Mediante comunicación de 12 de mayo de 2000, el Gobierno alemán reconoció de nuevo la infracción. Señaló que a consecuencia del requerimiento y de la intervención del Gobierno federal, el Ministro del Interior del Estado federado de Baja Sajonia exhortó, mediante Decreto de 21 de junio de 1999, a todas las administraciones locales a vigilar adecuadamente que las entidades adjudicadoras respetaran estrictamente las disposiciones comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos.

13. Además, el Gobierno alemán alegó que el Derecho alemán apenas ofrece posibilidades para poner fin a la infracción en cuestión, puesto que desde el 1 de enero de 1997 existe un acuerdo definitivo entre el municipio de Bockhorn y EWE, que no podría resolverse sin el pago de unas altísimas indemnizaciones a EWE. Los costes de tal rescisión serían desproporcionadamente altos.

B. Hechos y procedimiento administrativo previo en el asunto C-28/01

14. En este asunto, la ciudad de Braunschweig, situada en el Estado federado de Baja Sajonia, y la Braunschweigsche Kohlebergwerke (en lo sucesivo, «BKB») celebraron un acuerdo en virtud del cual la ciudad encomendó a BKB el tratamiento térmico de residuos, para un período de treinta años a partir de junio/julio de 1999.

15. Las autoridades competentes de la ciudad de Braunschweig no han negado que la Directiva 92/50 era de aplicación a dicho acuerdo, pero invocan la excepción recogida en el artículo 11, apartado 3, de la Directiva 92/50. En el escrito de requerimiento de 20 de julio de 1998, la Comisión rebatió esta interpretación.

16. Mediante escritos de 4 de agosto, 19 de octubre y 15 de diciembre de 1998, el

Gobierno alemán respondió al escrito de requerimiento y alegó, en particular, que por razones técnicas, conforme al artículo 11, apartado 3, de la Directiva 92/50, el contrato únicamente podía adjudicarse a BKB. La proximidad geográfica de las instalaciones de eliminación constituía, según el Gobierno alemán, un criterio esencial de adjudicación dirigido a evitar el transporte a largas distancias.

17. No obstante, mediante escrito de 16 de diciembre de 1998, el Gobierno alemán reconoció a la Comisión que, en el presente asunto, la ciudad de Braunschweig había infringido la Directiva 92/50 al aplicar, sin publicación oficial del anuncio de licitación, el procedimiento negociado.

18. A continuación, el 6 de marzo de 2000, la Comisión remitió a la República Federal de Alemania un dictamen motivado invitándola, en particular, a recordar inmediatamente a las autoridades en cuestión, la situación jurídica y a instarles a aplicar en el futuro las disposiciones en cuestión en materia de adjudicación de contratos públicos.

19. Mediante comunicación de 17 de mayo de 2000, del mismo tenor que la comunicación de 12 de mayo de 2000, mencionada anteriormente con respecto al asunto C-20/01, el Gobierno alemán reconoció la infracción pero hizo hincapié en la práctica imposibilidad de resolver el contrato celebrado.

C. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia y pretensiones de las partes

20. El recurso de la Comisión en el asunto C-20/01 se registró en el Tribunal de Justicia el 16 de enero de 2001 y el recurso presentado en el asunto C-28/01 se registró el 23 de enero de 2001. Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 2001 se acordó la acumulación de ambos asuntos.

21. En el asunto C-20/01, la Comisión solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 8 en relación con los artículos 15, apartado 2, y 16, apartado 1, de la Directiva 92/50, al no haber publicado el anuncio de licitación para la adjudicación de un contrato para el tratamiento de aguas residuales en el municipio de Bockhorn y al no publicar el resultado del procedimiento de adjudicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, serie S.

22. En el asunto C-28/01, la Comisión solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 8 y 11, apartado 3, letra b), de la Directiva 92/50, en la medida en que la ciudad de Braunschweig adjudicó, sin previo anuncio de licitación y a través de un procedimiento

negociado un contrato para el tratamiento de residuos, sin cumplir los requisitos establecidos en la Directiva 92/50 para aplicar el procedimiento negociado sin previo anuncio de licitación en toda la Comunidad.

23. La República Federal de Alemania solicita que se acuerde la inadmisión de los recursos o, con carácter subsidiario, que se desestimen por infundados.

24. Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 2001 se admitió la intervención del Gobierno del Reino Unido en el presente litigio en apoyo de las pretensiones de la República Federal de Alemania. En primer lugar, dicho Gobierno solicitó al Tribunal de Justicia que acumulara los asuntos C-20/01 y C-28/01. En segundo lugar, solicitó que se acogieran las pretensiones de la Comisión en cuanto están dirigidas, en ambos casos, a obtener una declaración de que la República Federal de Alemania no ha cumplido las obligaciones derivadas de la Directiva 92/50 al no haber seguido, en ambos casos, los procedimientos comunitarios de adjudicación. En tercer lugar, propone al Tribunal de Justicia que desestime los recursos en todo lo demás.

25. El 10 octubre de 2002 se celebró una vista oral.

IV. Motivos y principales alegaciones

26. En su escrito de recurso en el asunto C-20/01, la Comisión señala que en el caso de autos era aplicable la Directiva 92/50. En su opinión, es irrelevante que el Gobierno alemán reconociera que la licitación relativa al contrato celebrado por el municipio de Bockhorn debía haberse anunciado en toda la Comunidad, conforme a la Directiva 92/50. La instrucción del Gobierno del Estado federado a las autoridades locales recordándoles que las entidades adjudicadoras de éste deben cumplir estrictamente las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos, no puso fin a la infracción en cuestión. El municipio de Bockhorn aún actúa infringiendo el Derecho comunitario al mantener el acuerdo celebrado y al continuar aplicándolo. Habida cuenta de que continúa la conducta infractora, la Comisión considera que la parte demandada no ha tomado todas las medidas nacionales necesarias para dar cumplimiento a la Directiva 92/50 dentro del plazo fijado en el dictamen motivado.

27. En el asunto C-28/01, la Comisión alega que la ciudad de Braunschweig ha incumplido la Directiva 92/50 al haber adjudicado a BKB el contrato para el tratamiento de residuos sin la previa publicación que exigen las normas comunitarias de procedimiento. Considera que en el presente asunto, no concurren los requisitos necesarios para la adjudicación a través del procedimiento negociado, establecidos en el artículo 11, apartado 3, letra b), de la

Directiva 92/50. La Comisión afirma que la ciudad de Braunschweig sigue infringiendo el Derecho comunitario al mantener el contrato con BKB y al continuar aplicándolo. También en este caso, la conducta infractora continúa, sin que la República Federal de Alemania no haya adoptado todas las medidas necesarias para cumplir la Directiva 92/50 dentro del plazo fijado en el dictamen motivado.

28. Con carácter principal, el Gobierno alemán propuso, en ambos asuntos, una excepción de inadmisibilidad. Alega, en esencia, que los recursos de la Comisión son inadmisibles, al no persistir infracciones a las que el Estado miembro en cuestión tenga que poner fin. En efecto, la finalidad del procedimiento por incumplimiento es restablecer una situación que sea conforme con el Tratado. Dicha finalidad no puede lograrse si un Estado miembro ya ha puesto fin a las infracciones antes de concluir el plazo señalado por la Comisión en el dictamen motivado. En el presente asunto, las infracciones a las normas de procedimiento establecidas en la Directiva 92/50 se agotaron al cometerse la infracción.

29. Además, para el Gobierno alemán, la validez de los compromisos contraídos es, según el principio *pacta sunt servanda*, conforme con el Derecho comunitario y con el Derecho nacional. Con respecto al Derecho comunitario, el Gobierno alemán basa este argumento, en particular, en el artículo 2, apartado 6, 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,³ (en lo sucesivo, «Directiva 89/665»). En virtud de dicha disposición, podrán mantenerse en vigor los contratos celebrados por las entidades adjudicadoras.⁴ Conforme al Derecho alemán y a las cláusulas de los contratos, en los asuntos en cuestión los contratos no pueden ser resueltos y en caso de ser posible, la responsabilidad por incumplimiento sería desproporcionada.

30. Con carácter subsidiario, el Gobierno alemán niega las dos presuntas infracciones. En los dos recursos, la pretensión de la Comisión es, a su juicio, infundada por las razones expuestas en relación con la admisibilidad. A este respecto invoca el adagio *impossibile nullum est obligatio* y el principio *pacta sunt servanda*. Además, en el asunto C-28/01, el Gobierno alemán alega que la decisión de la ciudad de Braunschweig de optar por el tratamiento térmico de residuos y la adjudicación de la licitación que de ella se deriva a BKB —única empresa en la región de Braunschweig que disponía de la infraestructura necesaria para tratar térmicamente los residuos— era inevitable y, además, estaba justificada desde el punto de vista del Derecho comunitario conforme al principio de proximidad.

3 — DO L 395, p. 33; modificada por la Directiva 92/50.

4 — El artículo 2, apartado 6, de la Directiva 89/665 establece lo siguiente: «Los efectos del ejercicio de los poderes contemplados en el apartado 1 en el contrato consecutivo a la adjudicación se determinarán con arreglo al Derecho nacional. Además, excepto en caso de que la decisión deba anularse antes de conceder los daños y perjuicios, los Estados miembros podrán establecer que, una vez celebrado el contrato consecutivo a la adjudicación, los poderes del organismo responsable de los procedimientos de recurso se limiten a indemnizar por daños y perjuicios a cualquier persona perjudicada por una infracción.»

31. En su escrito de formalización de la intervención, el Gobierno del Reino Unido señaló que no negaba la admisibilidad de los recursos, sino, en parte, su procedencia. Asimismo, a la luz de la Directiva 89/665, el Reino Unido considera que la cuestión de si puede resolverse un contrato que, indebidamente, no ha sido objeto de licitación pública es, siempre, competencia exclusiva del Estado miembro en concreto. No tiene ningún interés jurídico la continuación de un procedimiento que se dirige exclusivamente a la obtención de una decisión judicial que no puede respetarse por ser contraria al propio Derecho nacional.

32. En sus observaciones al escrito de formalización de la intervención, el Gobierno alemán se opuso a que se admitiera la intervención del Gobierno británico.

el asunto C-28/01 una condena por incumplimiento del artículo 8 y del artículo 11, apartado 3, letra b), de la Directiva 92/50.

34. El Gobierno alemán no niega que la Directiva 92/50 era aplicable en ambos asuntos y que era necesario utilizar el procedimiento abierto. Tal reconocimiento constituye una parte de la oposición a la admisibilidad. Por consiguiente, al preciar la cuestión de admisibilidad, debe partirse de la necesidad de convocar una licitación pública (punto B). A continuación, se examinará en cuanto al fondo el motivo alegado subsidiariamente en el asunto C-28/01 que hace referencia al principio de proximidad (punto C). Sin embargo, debe abordarse en primer lugar la admisibilidad de la intervención del Reino Unido, aspecto notable que se ha planteado en este procedimiento (punto A).

V. Apreciación

33. Las pretensiones de la Comisión en estos procedimientos por incumplimiento no son en sí muy ambiciosas. Afirma que la República Federal de Alemania ha infringido el Derecho comunitario al no seguir, en los dos procedimientos de adjudicación, las disposiciones establecidas en la Directiva 92/50. En el asunto C-20/01 pretende, más específicamente, obtener una condena por incumplimiento del artículo 8 de la Directiva 92/50 en relación con el artículo 15, apartado 2, y con el artículo 16, apartado 1, de la misma, y en

A. Sobre la admisibilidad de la intervención del Reino Unido

35. Sin duda alguna, el Gobierno alemán habrá quedado atónito al tomar conocimiento de las observaciones escritas presentadas por el Reino Unido, que ha intervenido formalmente como parte coadyuvante en apoyo de las pretensiones de la República Federal de Alemania pero que en gran parte suscribe en sustancia las pretensiones de la Comisión a las que se opone la República Federal.

36. Por ello, la parte demandada, tras presentar el Reino Unido el escrito de formalización de la intervención, solicitó que se acordase su inadmisión, en la medida en que, en su segunda pretensión, el Reino Unido solicitaba al Tribunal de Justicia que declarase que la República Federal de Alemania había infringido sus obligaciones comunitarias al no haber seguido, en los asuntos en cuestión, las normas de adjudicación establecidas en la Directiva 92/50. Según el Gobierno alemán, si bien las pretensiones de la parte coadyuvante pueden apoyar parcialmente las pretensiones de una de las partes, conforme al artículo 93, apartado 5, letra a), del Reglamento del procedimiento, la parte coadyuvante no puede pronunciarse, en su intervención, en contra de la parte apoyada. La intervención debe ser inequívoca y, por consiguiente, debido a su carácter partidario sólo puede formularse a favor o en contra de la posición de una de las partes. En este sentido, según el Gobierno alemán, la intervención en un procedimiento por incumplimiento se distingue de la intervención conforme al artículo 20 del Reglamento del procedimiento en un procedimiento prejudicial en el que el Estado miembro que presenta observaciones actúa como *amicus curiae*.

37. En sus observaciones al escrito de formalización de la intervención, la Comisión también señala que sus recursos pretenden obtener precisamente lo que el Reino Unido solicita en la segunda pretensión de su escrito de formalización de la intervención. La Comisión no comprende la tercera pretensión, dirigida a que se desestimen los recursos en todo lo demás.

38. Entiendo el asombro de la República Federal de Alemania y de la Comisión. El Reino Unido solicitó intervenir y se admitió su intervención en el procedimiento en apoyo de las pretensiones de la República Federal. Sin embargo, de la comparación de las pretensiones se deduce que la segunda pretensión del Reino Unido tiene la misma finalidad que las pretensiones de la Comisión en ambos recursos. Tanto el Reino Unido como la Comisión solicitan que el Tribunal de Justicia condene a la República Federal de Alemania por incumplimiento de la Directiva 92/50. El hecho de que la parte coadyuvante solicitara, a continuación, que desestimara el recurso en todo lo demás, puede quizás explicarse por la importancia que atribuye en sus pretensiones a los efectos de la condena por incumplimiento de las normas de procedimiento. En este punto, su opinión coincide con la interpretación del Gobierno alemán. Sin embargo, las pretensiones del Gobierno alemán al respecto forman parte de la excepción de inadmisibilidad, mientras que precisamente el Reino Unido no niega de manera expresa la admisibilidad de los recursos de la Comisión.

39. Cabe que un coadyuvante apoye las pretensiones de una de las partes no en su totalidad, sino en parte.⁵ El Reino Unido podía optar por apoyar la excepción de inadmisibilidad y las pretensiones del Gobierno alemán sobre el fondo, o bien, apoyar sólo las pretensiones sobre el fondo. Optó por esta segunda posibilidad.

5 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 13 de julio de 1995, Parlamento/Comisión (C-156/93, Rec. p. I-2019, apartados 14 y 15).

40. Sin embargo, ha de examinarse la cuestión de si, como solicita el Gobierno alemán, la intervención debe declararse inadmisibile en la medida en que las pretensiones del Reino Unido en cuanto al fondo son contrarias a las pretensiones del Gobierno alemán en materia de admisibilidad.

41. En mi opinión, la respuesta a este último punto es afirmativa. Los términos del Estatuto y del Reglamento de Procedimiento son claros. Según el artículo 37, apartado 4, del Estatuto CE del Tribunal de Justicia, las pretensiones de la demanda de intervención no podrán tener otro fin que apoyar las pretensiones de una de las partes. Esta disposición constituye el fundamento del artículo 93, apartado 1, letra e), del Reglamento de Procedimiento, que dispone que la demanda de intervención deberá contener las pretensiones en cuyo apoyo solicite intervenir el coadyuvante. Sobre esta base el Presidente o el Tribunal de Justicia decide sobre la demanda de intervención. La mencionada disposición del Estatuto del Tribunal de Justicia se desarrolla también en el artículo 93, apartado 5, del Reglamento de Procedimiento, que exige una serie de requisitos relativos al contenido del escrito de formalización de la intervención. Según la letra a), de dicho artículo, este escrito debe contener, entre otras cosas, las pretensiones del coadyuvante que apoyen o se opongan, total o parcialmente, a las pretensiones de una de las partes.⁶

42. Es evidente que se estableció deliberadamente que la parte coadyuvante en un

procedimiento contradictorio ha de tomar partido y que su intervención no consiste meramente en presentar como *amicus curiae* observaciones escritas u orales asistiendo de esa manera al juez comunitario, como sucede en el caso previsto en el artículo 20, apartado 2, del Estatuto y del artículo 104, apartado 4, del Reglamento de Procedimiento. Las normas que regulan el procedimiento prejudicial del artículo 234 CE no establecen limitaciones a este respecto.

43. Si bien el Tribunal de Justicia aún no se ha pronunciado expresamente sobre este punto, la jurisprudencia también da pie a sostener la interpretación de que las pretensiones de la parte coadyuvante no pueden ser contrarias a las de la parte apoyada. Si bien el juez comunitario admite que la parte coadyuvante formule nuevas alegaciones, dichas alegaciones deben apoyar o rechazar las pretensiones de una de las partes.⁷ La adición de nuevas pretensiones o la petición en el escrito de formalización de la intervención de que decida el Tribunal de Justicia sobre otras cuestiones, hace inadmisibile la intervención.⁸ Lo mismo se aplica a las pretensiones de la parte coadyuvante que se basan en motivos totalmente distintos a los que fundamentan las pretensiones de la parte apoyada.⁹ De ello se puede inferir que la parte coadyuvante no puede apartarse de manera autónoma de las pretensiones de la parte a la que formalmente apoya.

7 — Según el Tribunal de Justicia, en caso contrario, el derecho de intervención perdería todo sentido. Véase, por ejemplo, la sentencia de 23 de febrero de 1961, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg (30/59, Rec. pp. 3 y ss., especialmente p. 38).

8 — Véase, en contra, la sentencia de 9 de octubre de 2001, Países Bajos/Parlamento y Consejo (C-377/98, Rec. p. I-7079), apartado 9.

9 — Sentencia de 17 de marzo de 1993, Comisión/Consejo (C-155/91, Rec. p. I-939), apartado 24.

6 — El subrayado es mío.

44. Pues bien, *a fortiori*, la parte coadyuvante tampoco es libre para intervenir contradiciendo las pretensiones de la parte a la que apoya. En su demanda de 17 de abril de 2001, el Reino Unido solicitó al Tribunal de Justicia intervenir en apoyo de las pretensiones de la República Federal de Alemania y mediante auto de 18 de mayo de 2001 el Presidente del Tribunal de Justicia, admitió expresamente su intervención en apoyo de las pretensiones de la parte demandada.¹⁰ La segunda pretensión formulada en el escrito de formalización de la intervención, dirigida a que se condene a la República Federal por incumplimiento de las normas de procedimiento recogidas en la Directiva 92/50, es contraria al auto del Presidente.

45. De acuerdo con lo anterior, opino que la segunda pretensión formulada por la parte coadyuvante es inadmisibile.¹¹

B. Sobre la admisibilidad de los recursos de la Comisión

46. El Gobierno alemán basa su posición en que ambos recursos son inadmisibles,

10 — Esta admisión de la intervención conduce, entre otras cosas, a que se dé traslado a la parte coadyuvante de todos los escritos procesales, a no ser que, a instancia de parte, el Presidente excluya de este traslado los documentos secretos o confidenciales. Véase el artículo 93, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento.

11 — A mayor abundamiento, puede observarse que la petición de acumulación de los asuntos C-20/01 y C-28/01 recogida en la primera pretensión formulada en el escrito de intervención —con fecha de 17 de septiembre de 2001—, quedó ya sin objeto en virtud del auto del Presidente de 15 de mayo de 2001.

argumentando que las infracciones ya se habían consumado al expirar los plazos señalados en los dictámenes motivados. Al celebrar los contratos con EWE y BKB, respectivamente, se puso fin también a las infracciones reconocidas de las disposiciones de la Directiva 92/50. En virtud del Derecho nacional aplicable, que es conforme con el Derecho comunitario —artículo 2, apartado 6, de la Directiva 89/665—, una infracción de las normas de procedimiento recogidas en la Directiva 92/50 no afecta a la validez de los contratos en cuestión, que podrán mantenerse en vigor. Por tanto, la Comisión ya no tiene ningún interés objetivo en la continuación de los procedimientos, máxime teniendo en cuenta que el Gobierno alemán ha adoptado por su parte las medidas necesarias para prevenir la repetición de las infracciones cometidas.

47. En mi opinión, no puede aceptarse esta tesis. Por una parte, es contrario a la naturaleza y el alcance de las obligaciones jurídicas que impone a los Estados miembros la Directiva 92/50 y, por otra parte ignora las consecuencias jurídicas que pueden tener tales infracciones a la Directiva, pese a que estas infracciones no pueden afectar a la validez de los contratos controvertidos.

48. La Directiva impone una triple obligación a los Estados miembros. En primer lugar, deben adaptar la legislación nacional, a la Directiva de manera que ésta pueda tener los efectos jurídicos que persigue. En segundo lugar, los Estados miem-

bros deben procurar que las autoridades públicas adjudicadoras cumplan realmente las disposiciones en cuestión. En tercer lugar, deben actuar contra la amenaza de infracciones a dichas disposiciones.

49. Cuando, en casos concretos, un Estado miembro no cumpla o no cumpla suficientemente esta triple obligación, surgirá una situación contraria al resultado perseguido por la Directiva 92/50. Entonces ya no estará garantizada la libre prestación de servicios.¹²

50. En ese marco, la Comisión tiene interés objetivo en que el Tribunal de Justicia declare que la República Federal ha incumplido la Directiva 92/50 en lo que respecta a los contratos adjudicados en el caso de autos por el municipio de Bockhorn y la ciudad Braunschweig. Tal condena no sólo afectaría a los dos asuntos en cuestión sino que iría más allá. De tal condena también se derivaría que la República Federal de Alemania, como destinataria de la Directiva 92/50, ha incumplido sus obligaciones en la ejecución de ésta.

51. En mi opinión, no es suficiente el argumento implícito del Gobierno alemán

12 — Los procedimientos de adjudicación de contratos públicos están coordinados en el ámbito comunitario para suprimir los obstáculos a la libre circulación de servicios y, por tanto, proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer sus servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otro Estado miembro. Véase, por ejemplo, la sentencia de 18 de octubre de 2001, *SIAC Construction* (C-19/00, Rec. p. I-7725), apartado 32. Véase también el vigésimo considerando de la Directiva 92/50.

de que, con sus intervenciones ante las autoridades locales, ha cumplido su obligación legal, al menos de cara al futuro. Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, los Estados miembros siguen siendo plenamente responsables de que la Directiva se cumpla dentro en su ámbito de competencia territorial. El hecho de que haya intervenido ante las autoridades locales no le disculpa de eventuales infracciones futuras a la Directiva.

52. La información facilitada por la Comisión en la vista, según la cual recibió denuncias relativas al incumplimiento de la Directiva, algunas de las cuales se referían a los residuos, pone de relieve el carácter permanente del deber de diligencia de los Estados miembros en la ejecución y la aplicación de la Directiva. El objeto de la Directiva requiere que el cumplimiento de dicho deber de diligencia se aprecie generalmente en relación con los incumplimientos individuales. Ya por este motivo considero que no puede aceptarse la posición del Gobierno alemán de que, en el presente caso, los recursos de la Comisión son inadmisibles.

53. Sin embargo, las objeciones a la posición del Gobierno alemán son también evidentes desde otra perspectiva. Llevada al extremo, implicaría que en el futuro no podría interponerse un recurso al amparo del artículo 226 CE contra las infracciones consumadas e irreversibles. Ello podría abrir la puerta a infracciones sistemáticas

de la Directiva 92/50 a través de contratos jurídicamente inatacables con un largo período de vigencia. De esa manera, podría compartimentarse geográficamente el mercado interno de servicios para determinados tipos de actividades económicas ejercidas bajo responsabilidad pública, como por ejemplo, el tratamiento de residuos o el mantenimiento de carreteras. Es obvio que tal consecuencia es contraria a los principales objetivos de la Directiva 92/50.

54. Por eso, la Comisión debe tener la posibilidad de dejar, basándose en casos individuales, que el Tribunal de Justicia declare que un Estado miembro incumple, o amenaza con incumplir sistemáticamente las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 92/50.

55. Desde esta perspectiva, el interés en que se declaren las dos infracciones efectivas de la Directiva va más allá del ámbito estricto de estos dos incumplimientos. En efecto, el procedimiento por incumplimiento regulado en el artículo 226 CE persigue, además de poner fin a la infracción concreta, obtener, por parte del Estado recalcitrante, un cambio de conducta y que evite la reincidencia.¹³ Si se aceptara la posición del Gobierno alemán, no podría alcanzarse dicho resultado.

56. La posición del Gobierno alemán tendría una consecuencia similar en lo relativo

a la competencia que atribuye al Tribunal de Justicia el artículo 228 CE, apartado 2, según el cual puede imponer multas a los Estados miembros por incumplimiento de una sentencia. Si, como propugna el Gobierno alemán, el Tribunal de Justicia debiera considerar inadmisibles los recursos de la Comisión cuando ésta solicita que el Tribunal se pronuncie con respecto a infracciones «definitivas» de la Directiva 92/50, el órgano jurisdiccional comunitario no podría nunca, en caso de incumplimiento reiterado de la Directiva 92/50, aplicar la medida coercitiva prevista en el mencionado artículo. De esa manera, en caso de infracciones sistemáticas a la Directiva, la Comunidad tendría que observar impávida, por carecer de remedios jurídicos.

57. Aun limitada a los dos asuntos de autos, la continuación del procedimiento tiene efectivamente sentido. La Comisión señaló acertadamente que las infracciones en cuestión siguen teniendo consecuencias jurídicas, ya que han conducido a la celebración de contratos con un largo período de vigencia. Por consiguiente, las adjudicaciones no han producido aún todas sus consecuencias jurídicas.¹⁴ No se trata, por lo tanto, de una situación irreparable por su naturaleza.

58. Los contratos controvertidos fueron celebrados a raíz de una actuación ilícita y ello afecta a la posición jurídica de las partes cuyos intereses puede haber perjudi-

13 — Sentencia de 25 de octubre de 2001, Alemania/Comisión (C-276/99, Rec. p. I-8055), apartados 24, 25 y 32.

14 — Compárese con la sentencia de 31 de marzo de 1992, Comisión/Italia (C-362/90, Rec. p. I-2353), apartados 11 y 12. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia consideró inadmisibles un recurso por incumplimiento basándose en que, al expirar el plazo señalado en el dictamen motivado, el incumplimiento imputado había agotado todos sus efectos y, por consiguiente, ya había cesado.

cado dicha actuación. Una infracción de las normas de procedimiento recogidas en la Directiva 92/50 puede ser fuente de derechos individuales para los particulares, entre ellos el derecho a indemnización que debe exigirse de conformidad con los procedimientos establecidos en el Derecho nacional.¹⁵ La afirmación del Gobierno alemán según la cual en los presentes asuntos no ha habido perjuicio de terceros carece de pertinencia, ya que esta circunstancia no puede influir en la admisibilidad de un recurso interpuesto con arreglo al artículo 226 CE.¹⁶ Además, dicho argumento es discutible, puesto que de los autos se desprende que la Comisión tuvo noticia de las presuntas irregularidades a través de denuncias.

59. Una condena por incumplimiento en los presentes asuntos aclararía y reforzaría la posición jurídica de los terceros interesados y, de esa manera, ayudaría a una protección jurídica eficaz de los particulares.¹⁷ A su vez, una acción efectiva de indemnización por daños y perjuicios favorece el mantenimiento del efecto útil de la Directiva 92/50, ya que incita al Estado miembro a cumplir en el futuro las normas de procedimiento. Desde esta perspectiva, una condena del Tribunal de Justicia serviría, igualmente, a una ejecución efectiva y permanente de la Directiva en el ordenamiento jurídico nacional.

60. Visto lo anterior, pueden examinarse con rapidez las demás alegaciones formuladas por el Gobierno alemán.

61. El adagio *pacta sunt servanda* no es pertinente en el caso de autos, ya que la Comisión no ha negado que los contratos celebrados pueden seguir existiendo como tales. Sin embargo, ello no obsta a la posibilidad que he mencionado de interponer reclamaciones por daños y perjuicios como medio de corrección alternativo. Nada cambia a este respecto que, como ha alegado el Gobierno alemán, las normas nacionales en materia de responsabilidad sean suficientes, sin que sea necesaria una acción de indemnización por daños y perjuicios basada en el Derecho comunitario. El estado del Derecho nacional en materia de responsabilidad no determina en ningún caso la admisibilidad de un recurso por incumplimiento de la Directiva 92/50.

62. Además, es evidente que corresponde al Tribunal de Justicia declarar si el incumplimiento imputado existe o no, incluso si el Estado demandado no niega el incumplimiento.¹⁸ Puesto que en el presente asunto existe, efectivamente, un interés objetivo, no puede prosperar la alegación que la parte demandada basa en el artículo 232 CE, cuando afirma que el reconocimiento de una infracción del Tratado hace innecesario que el Tribunal de Justicia determine la infracción por no existir ya un interés objetivo.

15 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 18 de junio de 2002, FH (C-92/00, Rec. p. I-5553), apartados 26 y 27.

16 — Véase la sentencia de 28 de octubre de 1999, Comisión/Austria (C-328/96, Rec. p. I-7479), apartado 57.

17 — Una condena del Tribunal de Justicia determina jurídicamente una infracción del Derecho comunitario a efectos de ejercitar una acción de indemnización por daños y perjuicios ante el juez nacional. Véase, por ejemplo, la sentencia de 9 de noviembre de 1999, Comisión/Italia (C-365/97, Rec. p. I-7773), apartado 24.

18 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca (C-243/89, Rec. p. I-3353), apartado 30.

63. Además, el Gobierno alemán alegó que el recurso de la Comisión es *ultra petita* y, por consiguiente, inadmisibile. Este argumento no puede aceptarse, aunque sólo sea porque las pretensiones deducidas en los recursos concuerdan con los incumplimientos que la Comisión imputó al Gobierno alemán en la fase administrativa previa, y más en particular, en el dictamen motivado.¹⁹ En ambos asuntos, la Comisión solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República Federal de Alemania ha incumplido, con respecto a los proyectos en cuestión, las normas de procedimiento establecidas en la Directiva 92/50.

64. Conforme a lo expuesto, considero que la demandante tiene interés para ejercitar la acción en ambos procedimientos y que los recursos de la Comisión son admisibles.

C. Sobre el fondo

1. Asunto C-20/01

65. En mi opinión, en el asunto C-20/01, la Comisión llegó justificadamente a la conclusión de que se daban todos los requisitos

de aplicación de la Directiva 92/50. El tratamiento de aguas residuales es un servicio en el sentido del artículo 8 y del anexo I A, categoría 16 («Alcantarillado y eliminación de desperdicios; servicios de saneamiento y servicios similares»). Si bien EWE se comprometió frente al municipio de Bockhorn, no sólo a tratar las aguas residuales, sino también a construir determinadas instalaciones destinadas a su evacuación, no se ha puesto en duda que la ejecución de estas obras tiene carácter accesorio con respecto al objeto primario del contrato (el tratamiento de las aguas residuales). A pesar del carácter mixto del contrato, dado que las obras son accesorias y no son el verdadero objeto del contrato, no pueden justificar que éste se califique de contrato público de obras, en el sentido de la Directiva sobre los contratos públicos de obras.²⁰ Con un importe anual aproximado de un millón de DEM, el valor del contrato sobrepasa con creces, aun limitado a la parte relativa únicamente al tratamiento de las aguas residuales, el umbral de aplicación de 200.000 euros que establece para la totalidad del contrato el artículo 7 de la Directiva 92/50.

66. Por consiguiente, en virtud del artículo 8 y del artículo 15, apartado 2, de la Directiva 92/50, el municipio de Bockhorn estaba obligado a publicar un anuncio de licitación para la adjudicación del contrato de tratamiento de aguas residuales y, en virtud del artículo 16, apartado 1, enviar un anuncio con los resultados del procedimiento de adjudicación a la

¹⁹ — Véase, por ejemplo, la sentencia Comisión/Austria (C-328/96, citada en la nota 16 *supra*), apartado 40.

²⁰ — Véase el decimosexto considerando de la Directiva 92/50. Véase, además, la sentencia de 19 de abril de 1994, Gestión Hostelería Internacional (C-331/92, Rec. p. I-1329), apartados 26 y 27.

Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas.

67. En el asunto C-20/01, el Gobierno alemán no ha discutido las imputaciones de la Comisión. El escrito de contratación se remite, integralmente, a los argumentos expuestos en apoyo de la excepción de inadmisibilidad, pero ésta es manifiestamente insostenible.

2. Asunto C-28/01

68. En este procedimiento no se discute que la ciudad de Braunschweig consideró que la Directiva 92/50 era manifiestamente aplicable a la adjudicación a BKB del contrato en cuestión. Las partes discrepan sobre la cuestión de si se dan los requisitos para utilizar el procedimiento negociado conforme al artículo 11, apartado 3, de la Directiva 92/50. Según esta disposición, es posible adjudicar contratos públicos sin publicar previamente anuncio de licitación, si se trata, entre otros, de servicios que por razones técnicas sólo pueden ser encomendados a una determinada empresa.

69. El Gobierno alemán justificó que no se publicara el anuncio de licitación pública alegando que, dadas las circunstancias del asunto, el contrato para el tratamiento de

residuos sólo podía adjudicarse a BKB, que ya estaba establecida en Braunschweig. La ciudad de Braunschweig optó por un tratamiento local de los residuos, con lo que se evitaría el transporte de los residuos a largas distancias. Por consiguiente, la proximidad regional del tratamiento de los residuos era un requisito esencial para la ejecución del contrato. Además, según el Gobierno alemán, el criterio de la proximidad regional de la empresa y las cortas distancias de transporte están en consonancia con el principio de que los atentados al medio ambiente deben corregirse preferentemente en la fuente. Este principio está recogido en el artículo 174 CE, apartado 2 (anteriormente artículo 130 R, apartado 2, del Tratado CE) y ha sido precisado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.²¹ Habida cuenta de las instalaciones que posee, BKB era, según el Gobierno alemán, la única empresa capaz de llevar a cabo el tratamiento de los residuos aplicando el procedimiento térmico deseado. Cuando se celebró el contrato, ninguna otra empresa disponía de la infraestructura necesaria para eliminar los residuos en la región de Braunschweig, como demostraba un estudio de mercado realizado por la ciudad de Braunschweig. De haberse tenido que construir una nueva instalación industrial, no se podrían haber cumplido los plazos para el tratamiento completo de los residuos.

70. La Comisión señala, en primer lugar, que la posibilidad de inaplicación recogida en el artículo 11, apartado 3, de la Direc-

²¹ — A modo de ejemplo, el Gobierno alemán se remite a la sentencia de 9 de julio de 1992, Comisión/Bélgica (C-2/90, Rec. p. I-4431).

tiva 92/50 debe interpretarse restrictivamente por tratarse de una excepción a la regla principal. Sólo habría estado permitido seguir el procedimiento negociado en el caso de que, por las razones taxativamente recogidas en dicha disposición, una sola empresa pudiera ejecutar efectivamente el contrato en cuestión. La Comisión señala que en el presente asunto no se ha probado que BKB fuera la única empresa que podía ejecutar el contrato.

71. Según la Comisión, con independencia de lo que pueda pensarse sobre los criterios medioambientales para adjudicar los contratos públicos, tales criterios nunca pueden aplicarse de manera discriminatoria. En su opinión, éste es el caso en el presente asunto. Sólo se utiliza el criterio de la proximidad geográfica, sin que se tomen en consideración otros aspectos medioambientales. Por ejemplo, otras empresas podrían haber propuesto aplicar técnicas alternativas para el tratamiento de residuos no contaminantes. Además, según la Comisión, en caso de conflicto de intereses, el principio de proximidad recogido en el artículo 174 CE, apartado 2, no prevalece sobre otros objetivos comunitarios, sino que únicamente debe tenerse en cuenta debidamente en la ejecución de la política comunitaria.

72. En primer lugar, debe observarse a este respecto que la Comisión alegó acertadamente que, como excepción a la norma que establece que los contratos incluidos dentro del ámbito de la Directiva deben adjudicarse conforme al procedimiento comunitario, el alcance del artículo 11, apartado 3, de la Directiva 92/50 debe ser objeto de una interpretación estricta. Esto supone que la carga de la prueba de que concurren

realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumben a quien la invoca.²²

73. La posibilidad que ofrece el artículo 11, apartado 3, de la Directiva 92/50 a las entidades adjudicadoras de atribuir contratos públicos sin previo anuncio de licitación está justificada por el hecho de que en dichos casos sólo existe una fuente de suministro. En dichas circunstancias, la obligación de seguir el procedimiento de licitación pública constituye un procedimiento innecesario. Por consiguiente, para que esta disposición pueda invocarse con éxito debe constar de forma irrefutable que sólo existe una empresa efectivamente capacitada para ejecutar el proyecto en cuestión.

74. En la sentencia *Concordia Bus*, el Tribunal de Justicia ha declarado recientemente que, en los elementos que la entidad adjudicadora puede tomar en consideración, conforme al artículo 36, apartado 1, letra a), de la Directiva 92/50, también se incluyen los criterios relativos a la conservación del medio ambiente.²³ En mi opinión, a la luz de esta jurisprudencia, cabe considerar que, al aplicar el artículo 11, apartado 3, de la Directiva 92/50, pueden tomarse en consideración principios medioambientales para determinar si sólo existe una fuente de suministro. Sin embargo, también resulta de la sentencia *Concordia Bus* que la apreciación de criterios medioambientales en los procedimientos

22 — Véase al respecto, por ejemplo, la sentencia de 28 de marzo de 1996, *Comisión/Alemania* (C-318/94, Rec. p. I-1949), apartado 13.

23 — Sentencia de 17 de septiembre de 2002, *Concordia Bus Finland* (C-513/99, aún no publicada en la Recopilación), apartado 57.

de adjudicación, debe ser objeto de un examen crítico y no otorga la facultad de esquivar los principios fundamentales de las Directivas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos, a saber, la realización del mercado interno y la supresión de las desigualdades de trato.²⁴

75. La aplicación del artículo 11, apartado 3, de la Directiva 92/50, lleva consigo un riesgo intrínseco de discriminación encubierta, ya que la excepción se basa, por definición, en una dificultad de trato y en la preferencia otorgada a un único prestador de servicios. La posición del Gobierno alemán conduce a que se dé preferencia a los intereses establecidos en Braunschweig y se excluya de antemano a las fuentes alternativas de aprovisionamiento situadas de otros lugares. Por consiguiente, la obligación de aportar pruebas convincentes cuando se invoca dicha excepción se vea aún reforzada.

76. En mi opinión, el Gobierno alemán no ha logrado probar de forma convincente que BKB era, efectivamente, la única fuente posible de aprovisionamiento que la ciudad de Braunschweig podía razonablemente utilizar para el tratamiento (térmico) de residuos. Independientemente de la fiabilidad del dictamen, al que el Gobierno alemán se ha referido de pasada y que fue realizado por encargo de la ciudad de Braunschweig, es impensable que no existieran más candidatos serios para la adjudicación de un contrato con una duración

de nada menos que treinta años. Después de todo, el tratamiento (térmico) de residuos no es una actividad económica tan única y excepcional que sólo una única empresa sea capaz de ejecutarla.

77. Aunque la ciudad de Braunschweig opte por una forma específica de tratar los residuos, cabe esperar de la entidad adjudicadora que, al invocar a la excepción recogida en el artículo 11, apartado 3, de la Directiva 92/50, pruebe convincentemente que no es posible utilizar otras técnicas para alcanzar el resultado, desde el punto de vista medioambiental, de la misma manera (tratamiento de residuos). Esta prueba puede aportarse si los criterios en que se basa la elección de este tipo de tratamiento de residuos son objetivos y transparentes. La República Federal de Alemania no ha demostrado, o al menos no suficientemente, su afirmación de que, independientemente de las distancias del transporte, no era aconsejable otra solución desde el punto de vista ecológico. Además, no ha probado en modo alguno que el transporte de los residuos a largas distancias constituyera un peligro para el medio ambiente o —en el presente asunto— para la salud de las personas.²⁵

24 — Sentencia Concordia Bus Finland, citada en la nota 23 *supra*, apartados 59 a 64, con remisión a jurisprudencia anterior.

25 — Véase, al respecto, la sentencia de 25 de junio de 1998, Dusseldorp y otros (C-203/96, Rec. p. I-4075), apartados 46 y 47. Se trataba de determinar si el tratamiento de los filtros de aceite en otros Estados miembros y su transporte a gran distancia, con ocasión de su exportación, constituían un peligro para la salud y la vida de las personas, en el sentido del artículo 30 CE. No sólo se deducía de los autos que el tratamiento de los filtros en los dos Estados miembros en cuestión era comparable, sino que tampoco se había demostrado ante el Tribunal de Justicia que el transporte de los filtros de aceite constituyera un peligro para el medio ambiente o para la vida y la salud de las personas.

78. En el caso de autos era indispensable aplicar un procedimiento abierto con arreglo a la Directiva 92/50. Por consiguiente, debe acogerse el recurso de la Comisión.

VI. Conclusión

79. En virtud de lo anterior, propongo al Tribunal de Justicia que:

En el asunto C-20/01:

1) Declare que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 8, en relación con los artículos 15, apartado 2, y 16, apartado 1, de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, al no haber publicado el anuncio de licitación para la adjudicación de un contrato para el tratamiento de aguas residuales en el municipio de Bockhorn y al no publicar el resultado del procedimiento de adjudicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, serie S.

2) Condene en costas a la República Federal de Alemania.

En el asunto C-28/01:

- 1) Declare que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 8 y 11, apartado 3, letra b), de la Directiva 92/50/CEE, en la medida en que la ciudad de Braunschweig adjudicó sin previo anuncio de licitación y a través de un procedimiento negociado un contrato para el tratamiento de residuos, sin cumplir los requisitos establecidos en la Directiva 92/50/CEE para aplicar el procedimiento negociado sin previo anuncio de licitación en toda la Comunidad.

- 2) Condene en costas a la República Federal de Alemania.