

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. M. POIARES MADURO

presentadas el 24 de noviembre de 2004¹

1. Mediante el presente recurso por incumplimiento, la Comisión pretende que se declare que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de 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 servicios,² y en particular de sus artículos 8 y 9, así como del artículo 49 CE al reservar en el artículo 4 de la Ley n° 85-704, de 12 de julio de 1985, relativa a la titularidad pública de obras y sus relaciones con la dirección de obra privada, en su versión modificada por la Ley n° 91-662, de 13 de julio de 1991, y por la Ley n° 96-987, de 14 de noviembre de 1996,³ la función de representación delegada del titular de la obra a una enumeración taxativa de personas jurídicas francesas.

2. El presente recurso permite precisar el ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50 y en particular el concepto de contrato público. Además, se refiere a la vez a la observancia de la Directiva antes citada y al principio de libre prestación de servicios enunciado en el artículo 49 CE, lo que requiere definir la articulación entre ambos textos normativos.

I. Marco fáctico y normativo

3. Con carácter preliminar, procede señalar que el artículo 4 de la Ley n° 85-704, que es objeto del presente recurso, está siendo modificado. El Decreto n° 2004-566, de 17 de junio de 2004, modifica dicho artículo autorizando que, en lo sucesivo, el mandato sea confiado tanto a una entidad pública como a una privada.⁴ El Decreto establece una incompatibilidad entre la función de mandatario y «cualquier función de dirección de obra, de ejecución de obras o de control técnico en relación con las obras a las que se refiere el mandato» con objeto de evitar situaciones de conflicto de intereses.⁵ La incompatibilidad se extiende a las empresas vinculadas al mandatario. El 15 de septiembre de 2004, se presentó ante la Asamblea nacional un proyecto de ley de ratificación de dicho Decreto. No obstante, según reiterada jurisprudencia, el incumplimiento se debe apreciar en la fecha en que expire el plazo de dos meses desde el dictamen motivado, que data del 27 de junio de 2002. Por ello, en lo sucesivo, en las presentes conclusiones haré referencia a la ley francesa tal como estaba vigente en ese momento.

1 — Lengua original: portugués.

2 — DO L 209, p. 1.

3 — JORF de 13 de julio de 1985, p. 7914, de 19 de julio de 1991, p. 9524, y de 15 de noviembre de 1996, p. 16656, respectivamente; en lo sucesivo, «Ley n° 85-704».

4 — JORF n° 141 de 19 de junio de 2004.

5 — Esta incompatibilidad sólo estaba prevista para los mandatos citados en el artículo 4, segundo guión, de la Ley en su versión anterior.

4. Antes de explicar las respectivas posiciones de la República Francesa y de la Comisión sobre estos dos puntos, expondré brevemente las disposiciones nacionales y comunitarias pertinentes.

5. La Directiva 92/50, coordina la adjudicación de los contratos públicos de servicios. Tiene por objeto «suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y, por tanto, proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer bienes o servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otro Estado miembro». ⁶ Para alcanzar este objetivo, la Directiva persigue «garantizar que las empresas de otros Estados miembros estén en condiciones de presentar proposiciones en las licitaciones de contratos o conjuntos de contratos que revistan interés por razones objetivas relacionadas con su valor». ⁷ La Directiva 92/50 establece un régimen diferente para dos categorías de servicios, clasificados en sus anexos I A y I B. Conforme al artículo 9 de la Directiva, las normas aplicables a los servicios que figuran en el anexo I B se refieren únicamente a la exigencia de definición de las especificaciones técnicas y al envío de un anuncio relativo al resultado del procedimiento de adjudicación. En cambio, los servicios que figuran en el Anexo I A de la Directiva están sujetos, con arreglo al artículo 8, a obligaciones más exhaustivas: por ejemplo, deben ser objeto de una publicidad previa según las modalidades indicadas y en los plazos fijados.

6. El principio de libre prestación de servicios que se enuncia en el artículo 49 CE se aplica a todas las prestaciones de servicios, siempre que no estén comprendidas en las excepciones previstas en los artículos 45 CE y 46 CE. Dado que la Directiva 92/50 sólo se aplica a las prestaciones de servicios bajo contrato público, ⁸ los servicios efectuados con arreglo a otros instrumentos únicamente están sujetos al principio de libre prestación de servicios. Los contratos que no superan los límites económicos establecidos en el artículo 13 de la Directiva 92/50 están asimismo sujetos al artículo 49 CE.

7. La Ley objeto del presente recurso organiza y regula la actividad del titular de obras públicas. Es aplicable a la realización de cualesquiera obras de construcción o de infraestructura y a los establecimientos industriales destinados a su explotación cuyos titulares sean el Estado, organismos públicos o determinados organismos privados designados. ⁹ En este marco, el titular puede celebrar un contrato de mandato conforme a lo dispuesto en dicha Ley.

⁸ — Octavo considerando de la Directiva 92/50.

⁹ — Artículo 1 de la Ley n.º 85-704: «Los titulares de las obras serán: 1) el Estado y sus organismos públicos; 2) los entes territoriales, sus organismos públicos, los organismos públicos de urbanización de ciudades nuevas creados de conformidad con el artículo L. 321-1 del Código de urbanismo, sus agrupaciones y las organizaciones mixtas previstas en el artículo L. 166-1 del Código de municipios; 3) los organismos privados mencionados en el artículo L. 64 del Código de la seguridad social y sus uniones o federaciones; 4) los organismos privados de viviendas de renta moderada, mencionados en el artículo L. 411-2 del Código de construcción y vivienda y las sociedades de economía mixta, para las viviendas destinadas a arrendamientos subvencionados por el Estado y realizados por dichos organismos y sociedades».

⁶ — Sentencia de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding (C-360/96, Rec. p. I-6821), apartado 41.

⁷ — Sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia (C-16/98, Rec. p. I-8315), apartado 44. La sentencia se refería a la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 199, p. 84).

8. Las características de tal contrato se especifican en el artículo 5 de la Ley n° 85-704: «las relaciones entre el titular de la obra y [el mandatario] se establecerán por un convenio que prevea, so pena de nulidad: las obras que son objeto del convenio, las atribuciones confiadas al mandatario, las condiciones en las que el titular declara la finalización de la misión del mandatario, las modalidades de la retribución de éste, las penalizaciones que le son aplicables en caso de incumplimiento de sus obligaciones y las condiciones en las que puede resolverse el convenio».

— preparación de la elección del contratista, firma del contrato de obra, después de la aprobación del contratista por el titular, y gestión del contrato de obra;

— pago de la remuneración de la función de dirección de obra y de las obras;

— recepción de las obras,

9. En su artículo 3, dicha Ley enumera las atribuciones que el titular de la obra puede encomendar al mandatario:

— y cumplimiento de todos los actos correspondientes a las atribuciones antes mencionadas.»

«— definición de las condiciones administrativas y técnicas según las cuales se estudiará y ejecutará la obra;

— preparación de la elección del director de obra, firma del contrato de dirección de obra, después de la aprobación de la elección del director de obra por el titular, y administración del contrato de gestión de obras;

— aprobación de los anteproyectos y acuerdos sobre el proyecto;

10. De conformidad con el artículo 2 de dicha Ley, determinadas funciones no pueden ser objeto de delegación por el titular. Se trata de la concepción general de la obra y de la dirección de su realización.

11. Como se desprende de las citadas disposiciones de la Ley objeto del presente recurso, las atribuciones que el titular de la obra puede encomendar al mandatario son muy amplias. Sin embargo, el elemento específico del contrato de mandato es la identidad del mandatario, que el titular sólo

puede elegir entre las categorías indicadas de modo taxativo en el artículo 4 de la Ley de que se trata:

- «— las personas jurídicas mencionadas en el artículo 1, apartados 1 y 2, de la presente Ley [es decir, el Estado y sus organismos públicos, las entidades territoriales y sus organismos públicos, los organismos públicos de urbanización de nuevas ciudades, sus agrupaciones y las organizaciones mixtas], con excepción de los organismos públicos sanitarios y sociales, que sólo podrán ser mandatarios de otros organismos públicos sanitarios y sociales;
- las personas jurídicas cuyo capital sea poseído, como mínimo en un 50 %, directamente o a través de una entidad interpuesta, por las personas jurídicas mencionadas en el artículo 1, apartados 1 y 2, y cuya finalidad consista en colaborar con el titular de la obra, siempre que no desempeñen una actividad de dirección de obra o de contratista por cuenta de terceros;
- los organismos privados de viviendas de renta moderada mencionados en el artículo L. 411-2 del Código de construcción y vivienda, pero tan sólo para otros organismos de viviendas de renta moderada y para las obras relacionadas con una operación de viviendas subvencionadas;
- las sociedades locales de economía mixta reguladas por la Ley n° 83-597 de 7 de julio de 1983 relativa a las sociedades locales de economía mixta,
- los organismos públicos creados conforme al artículo L. 321-1 del Código de urbanismo y las asociaciones inmobiliarias urbanas autorizadas o constituidas de oficio con arreglo al artículo L. 322-1 del Código de urbanismo;
- las sociedades constituidas con arreglo al artículo 9 de la Ley n° 51-592 de 24 de mayo de 1951 relativa a las cuentas especiales del tesoro del año 1951, en su versión modificada por el artículo 28 de la Ley n° 62-933 de 8 de agosto de 1962 complementaria a la ley de ordenación agrícola;
- cualquier entidad pública o privada a la que se encomiende la realización de una zona de urbanización concertada o de una parcelación conforme al título primero del libro III del Código de urbanismo, en lo que respecta a las obras incluidas en esas operaciones;
- las sociedades que celebren el contrato previsto en el artículo L. 122-1 del Código de construcción y vivienda para la realización de operaciones de rees-

tructuración urbana de los grandes conjuntos y distritos de entorno degradado mencionados en el punto I del artículo 1466 A del Código general tributario.»

respuestas facilitadas por las autoridades francesas no convencieron a la Comisión, ésta emitió un dictamen motivado el 27 de junio de 2002. Aunque la República Francesa ha anunciado que suprimirá en breve las disposiciones litigiosas, la Comisión ha optado por acudir al Tribunal de Justicia.

12. Los contratos de mandato celebrados conforme a la Ley n° 85-704 no están sujetos al Código francés de contratos públicos.¹⁰ Para la elección del mandatario no se exige al titular de la obra una licitación previa. En cambio, el propio mandatario está sometido, para los contratos que celebre en nombre del titular, al Código francés de contratos públicos.¹¹ La cuestión que se plantea consiste en determinar si los contratos de mandato celebrados conforme a la Ley n° 85-704 deben estar sujetos a los principios de licitación y publicidad previa que se derivan de la Directiva 92/50 y de las disposiciones del Tratado relativas a la libre prestación de servicios.

13. Después de haber remitido a la República Francesa un escrito de solicitud de información el 31 de mayo de 2000, la Comisión, insatisfecha con las respuestas recibidas, le envió un escrito de requerimiento el 25 de julio de 2001. Dado que las

14. Hay que señalar que los motivos de la Comisión se articulan en torno a dos aspectos. Por una parte, el contrato de mandato, tal como se describe en la Ley francesa, está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50 y su régimen es incompatible con los artículos 8 y 9 de dicha Directiva. Por otra parte, en el caso de que la Directiva 92/50 no sea aplicable, el artículo 4 de la Ley de que se trata, al reservar los contratos de mandato a determinadas personas jurídicas, no es conforme con las disposiciones del Tratado en materia de libre prestación de servicios.

15. En la medida en que sea aplicable, se estudiará si se ha respetado la Directiva 92/50. En una segunda fase, habrá que dilucidar si la Ley n° 85-704 es conforme con el 49 CE en los casos en que la Directiva no sea aplicable.

10 — Ello resulta del artículo 3, apartado 7, del Código de contratos públicos, adoptado por el Decreto n° 2001-210, de 7 de marzo de 2001, relativo al Código de contratos públicos (JORF de 8 de marzo de 2001, p. 3700). Véase, a este respecto, Richer, L.: «*Le contrat de mandat au risque du droit administratif*», CJEG 1999, p. 127. Procedo señalar que esta disposición ha sido anulada por una sentencia del Conseil d'État (Francia) de 8 de marzo de 2003. El Código de contratos públicos adoptado por el Decreto n° 2004-15, de 7 de enero de 2004 (JORF de 8 de enero de 2004, p. 703), tiene en cuenta esta anulación: desde entonces, los contratos de mandato están sometidos a dicho Código.

11 — Artículo 4, último párrafo, de la Ley n° 85-704.

II. Incompatibilidad de la Ley n° 85-704 con la Directiva 92/50

16. Con objeto de determinar si, como sostiene la Comisión en su recurso, el

artículo 4 de la Ley n° 85-704 es incompatible con las disposiciones de la Directiva 92/50, hay que examinar en primer lugar si las situaciones previstas en dicha Ley están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva.

A. Inclusión del contrato de mandato, tal como se define en la Ley n° 85-704, en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50

17. Las partes mantienen una posición sustancialmente opuesta sobre la cuestión de si los contratos de mandato como los definidos por la Ley n° 85-704 están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50. El ámbito de aplicación de dicha Directiva se define en su artículo 1. Así, para determinar la existencia de un eventual incumplimiento, hay que analizar en primer lugar si el contrato de mandato definido en la Ley n° 85-704 satisface los criterios del artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50.

18. Según la definición establecida en esa disposición, «los contratos públicos de servicios [son] contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora». Estos criterios parecen cumplirse en el presente asunto.

19. En primer lugar, son entidades adjudicadoras en el sentido del artículo 1, letra b), de

la Directiva, «el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones formadas por uno o varios de dichos organismos de Derecho público o de dichos entes». Los organismos de Derecho público se definen como «todo organismo creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general, que no tenga carácter industrial o mercantil» y controlado por el Estado, bien porque éste posea la mayoría del capital o bien porque tenga la posibilidad de designar los órganos de administración del organismo correspondiente. Conforme al artículo 1 de la ley n° 85-704, las entidades que pueden ejercer la función de titular de la obra son el Estado y sus organismos públicos, las entidades territoriales y sus organismos públicos, los organismos públicos de urbanización de nuevas ciudades, sus agrupaciones y las organizaciones mixtas. Asimismo pueden celebrar contratos de mandato conforme a la Ley n° 85-704 los organismos privados mencionados en el artículo L. 64 del Código de la seguridad social y sus uniones y federaciones, así como los organismos privados de viviendas de renta moderada y las sociedades de economía mixta, para las viviendas destinadas a arrendamientos subvencionados por el Estado y realizados por esos organismos y sociedades. Es indudable que estos organismos son todos ellos entidades adjudicadoras en el sentido de la Directiva 92/50.

20. En segundo lugar, del artículo 5 de la Ley n° 85-704 se desprende que los contratos de mandato deben otorgarse por escrito. Por tanto, el segundo requisito formulado en el artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50.

21. En tercer lugar, en el artículo 5 de dicha Ley se prevé, so pena de nulidad del contrato de mandato, una remuneración del mandatario. El contrato de mandato de representación del titular de la obra es, por tanto, un contrato a título oneroso.

22. En cuarto lugar, las atribuciones conferidas al mandatario, tal como se describen en el artículo 4 de dicha Ley, parecen corresponder a la ejecución de prestaciones de servicios.

23. Conforme a estos criterios, de un primer análisis se desprende que el contrato de mandato es, con arreglo a la Ley francesa, un contrato público de servicios en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50.

24. No obstante, la República Francesa formula dos alegaciones contrarias a esta consideración. En primer lugar, aduce que, a la vista de sus múltiples particularidades, el contrato de mandato definido por la Ley n.º 85-704 no puede considerarse un contrato público de servicios. Además, estima que el razonamiento adoptado por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Ordine degli Architetti y otros*,¹² aplicable por analogía, da lugar a que se excluya el contrato de mandato previsto en la Ley n.º 85-704 del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50.

1. El contrato de mandato de representación del titular de la obra, ¿supone una transferencia de poder público?

25. Desde el punto de vista del Estado demandado, el contrato de mandato de representación del titular de la obra se distingue de un contrato de prestación de servicios en varios elementos. La esencia del contrato de mandato consiste en la facultad que confiere al mandatario de representar al titular. Una relación indisoluble vincula esta función de representación con las demás atribuciones encomendadas al mandatario. Así, el mandatario ejerce una función de interés general y dispone incluso de una facultad de codecisión con el titular de la obra. Las relaciones existentes entre el titular y el mandatario son totalmente distintas que las derivadas de un contrato de carácter mercantil. Estas particularidades, consideradas en conjunto, impiden equiparar un contrato de mandato con un contrato de prestación de servicios.

26. La Comisión responde a cada una de las alegaciones invocadas. Según la Comisión, el hecho de que una prestación de servicios se efectúe en ejecución de un contrato de mandato no basta para excluirla del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50. Así, los contratos de mandato celebrados entre un abogado y su cliente, por ejemplo, están comprendidos en el ámbito de dicha Directiva, conforme al punto 21 de su anexo I B. Esta tesis está, además, en consonancia con la formulada por el Conseil d'État en su sentencia de 5 de marzo de 2003¹³ en la que

12 — Sentencia de 12 de julio de 2001 (C-399/98, Rec. p. I-5409).

13 — Asunto n.º 233372, *Union nationale des services publics industriels et commerciaux*, y otros.

se declaró que una exclusión general y sistemática de los contratos de mandato del Código de contratos públicos francés no era compatible con la Directiva 92/50. Por último, la existencia de consideraciones de interés general tampoco excluye la calificación como contrato de prestación de servicios en el sentido de la Directiva, ya que esos elementos están presentes muy a menudo en los contratos sujetos a la Directiva.¹⁴ De este modo, ninguna de las particularidades invocadas por la República Francesa parece poder sustraerlo del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50.

27. El primer interrogante que hay que resolver se refiere a la naturaleza del contrato celebrado entre el titular de la obra y su mandatario. Aunque, a efectos de su calificación en Derecho comunitario, en principio es indiferente determinar cómo califica el Derecho nacional a un contrato celebrado entre una entidad adjudicadora y un prestador de servicios, procede no obstante señalar que la Directiva sólo se aplica a los «contratos» de servicios, excluyendo en particular las concesiones de servicios públicos.

28. Sin afirmar que la relación contractual de que se trata es equiparable a una concesión,¹⁵ la República Francesa sostiene que existe no obstante una transferencia del

ejercicio del poder público, del titular de la obra al mandatario. Pretende así establecer un paralelismo entre la jurisprudencia dictada en materia de concesiones y la tesis que podría adoptar el Tribunal de Justicia en lo que respecta al contrato de dirección de obra. En efecto, del análisis de la jurisprudencia se desprende que lo que justifica la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50 es precisamente la existencia de tal transferencia de poder público al concesionario. Teniendo en cuenta la jurisprudencia comunitaria relativa a las concesiones, examinemos si se puede extrapolar al contrato de mandato controvertido en el presente asunto.

29. En tanto que las concesiones de obras públicas están expresamente sometidas a 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 la situación de las concesiones de servicios no está regulada por la Directiva 92/50. Se ha declarado que están excluidas de su ámbito de aplicación.¹⁷ La Directiva 2004/18/CE del Parlamento

14 — Véase, a este respecto, la sentencia de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia (3/88, Rec. p. 4035).

15 — Obsérvese que los distintos tipos de contrato de delegación de servicios públicos existentes en Derecho francés pueden equipararse en el Derecho comunitario a las concesiones. La expresión «concesiones» es más amplia en Derecho comunitario que en Derecho francés.

16 — Artículo 3 de la Directiva 93/37 (DO L 199, p. 54), modificada en último lugar por la Directiva 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001, por la que se modifica el anexo IV de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, los anexos IV, V y VI de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, los anexos III y IV de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, con las modificaciones introducidas por la Directiva 97/52/CE, así como los anexos XII a XV, XVII y XVIII de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, modificada por la Directiva 98/4/CE (Directiva sobre la utilización de formularios normalizados en la publicación de los anuncios de contratos públicos) (DO L 285, p. 1).

17 — Sentencia de 7 de diciembre de 2000, Teleaustria y Telefonadress (C-324/98, Rec. p. I-10745), apartado 48, y auto de 30 de mayo de 2002, Buchhändler-Vereinigung (C-358/00, Rec. p. I-4685), apartados 27 y 28.

Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, adoptada el 31 de marzo de 2004,¹⁸ que sustituye, en particular, a la Directiva 92/50, mantiene esta exclusión de las concesiones de servicios de su ámbito de aplicación.

30. El criterio de la concesión, aunque no está establecido por disposiciones de valor legislativo, puede determinarse por comparación con la definición que figura en la Directiva 93/37.¹⁹ En su Comunicación interpretativa sobre las concesiones en Derecho comunitario,²⁰ la Comisión intenta elaborar una definición de ese concepto y adopta como criterio determinante la presencia del riesgo de explotación. Cabe señalar que la Directiva 2004/18 suprime toda incertidumbre al respecto puesto que define las concesiones de servicio en su artículo 1, apartado 4, como «un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio».

18 — DO L 134, p. 114. En efecto, en el artículo 17 de esta Directiva se prevé que «la presente Directiva no será aplicable a las concesiones de servicios».

19 — El artículo 1, letra d), de la Directiva 93/37 define las concesiones de obras públicas como «el contrato que presente los caracteres contemplados en la letra a) [es decir, los contratos públicos de obras], con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio».

20 — DO 2000, C 121, p. 2.

31. En la sentencia BFI Holding, el Tribunal de Justicia ha declarado que un contrato, considerado como una concesión en el Derecho nacional, relativo a la recogida de residuos, podía estar comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50.²¹ En efecto, sin atenerse a la calificación nacional, el Tribunal se ha referido únicamente a las condiciones previstas en el artículo 1 de la Directiva 92/50.

32. En sus conclusiones en el asunto Teleaustria y Telefonadress, el Abogado General Fennelly había propuesto considerar en primer lugar «el hecho de que el propio concesionario deba correr con el riesgo económico principal».²² La circunstancia de que el contrato de concesión se celebre en provecho de usuarios terceros constituye un criterio subsidiario y la exigencia del carácter de interés público del servicio concedido debería, según el Abogado General, ser descartada. En este asunto, el Tribunal de Justicia no se ha pronunciado sobre la delimitación precisa del concepto, considerando que existe concesión cuando «la contraprestación que la primera empresa ofrece a la segunda consiste en que esta última obtiene el derecho de explotar su propia prestación, para conseguir así una retribución».²³

21 — Sentencia antes citada. El Abogado General La Pergola había analizado de modo distinto la situación: «En conclusión, considero que, en el presente caso, el organismo ARA no tiene "carácter de tercero", es decir, no se diferencia sustancialmente con respecto a los dos Ayuntamientos. Nos encontramos ante una forma de delegación entre órganos sin salir de la esfera administrativa de los Ayuntamientos, los cuales, al transferir a ARA las actividades de que se trata, no pretendieron en modo alguno privatizar las funciones que hasta entonces desarrollaban en ese sector. En definitiva, a mi entender la relación existente entre los Ayuntamientos y ARA no puede considerarse un contrato público a efectos de la Directiva» (punto 38 de las conclusiones).

22 — Conclusiones presentadas el 18 de mayo de 2000 en el asunto Teleaustria y Telefonadress, antes citado, punto 30.

23 — Sentencia Teleaustria y Telefonadress, antes citada, apartado 58.

33. Al examinar la concesión de la lotería en Italia,²⁴ el Tribunal de Justicia consideró que, a falta de transferencia de responsabilidades al concesionario, debía estimarse que dicha concesión era un contrato sujeto a la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro.²⁵

34. El criterio relativo a la remuneración del concesionario no puede extrapolarse a un razonamiento sobre el contrato de mandato. En efecto, no puede existir un derecho de explotación en el marco de un mandato de representación del titular de la obra. En cambio, procede comprobar si el contrato de mandato realiza una transferencia de poder público del titular al mandatario. Ello sería un indicio de que tal contrato no sería efectivamente un contrato público en el sentido de la Directiva 92/50. Por el contrario, de no existir tal transferencia, la alegación presentada por la República Francesa debería desestimarse.

35. La dificultad del presente asunto reside en el carácter específico del contrato de mandato, conforme al cual el mandatario representa al mandante. No obstante, y por ello la alegación del Estado demandado basada sobre esa peculiaridad no puede prosperar, el contrato de mandato de repre-

sentación del titular de la obra tal como se define en la Ley n° 85-704 no es sólo un contrato por el que el mandatario se obliga a representar al titular de la obra. Tal como se desprende de la lista de las diversas atribuciones que pueden encomendarse al mandatario, con arreglo al artículo 3 de dicha Ley, éste ejerce de modo paralelo funciones de asistencia al titular.²⁶

36. La República Francesa sostiene que las dos funciones ejercidas por el mandatario son indisolubles. Sin embargo, el hecho de que el artículo 3 de la Ley n° 85-704 se limite a facilitar una enumeración indicativa de las funciones que se pueden encomendar al mandatario aboga en contra de la interpretación del Estado demandado. Según esta disposición de la mencionada Ley, el titular puede acudir perfectamente a un prestador para ejecutar determinadas prestaciones de servicios y confiar únicamente al mandatario las funciones de representación. Por el contrario, tiene la posibilidad de encomendar todas las tareas enumeradas en el artículo 3 de dicha Ley a una misma persona. Su margen de maniobra sólo está circunscrito por el artículo 2 de dicha Ley que le prohíbe renunciar a su función de «responsable principal de la obra». La elección permitida al titular de la obra de las tareas que desea o no confiar al mandatario demuestra que es totalmente factible dissociar las diversas funciones que pueden incumbirle: por una parte, las que corresponden a prestaciones de servicios y, por otra parte, las que suponen una función de representación del titular de la obra.

24 — Sentencia de 26 de abril de 1994, Comisión/Italia (C-272/91, Rec. p. I-1409), apartado 24.

25 — DO 1977, L 13, p. 1; EE 17/01, p. 29, modificada por la Directiva 88/295/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1988, por la que se modifica la Directiva 77/62 y por la que se derogan determinadas disposiciones de la Directiva 80/767/CEE (DO L 127, p. 1).

26 — Por ejemplo, la definición de las condiciones administrativas y técnicas conforme a las cuales se estudiarán y ejecutarán las obras, o la gestión de contratos de dirección de obras o de trabajos.

37. Dado que es posible distinguir dos tipos de atribuciones encomendadas al mandatario, nada se opone a que estas dos clases de tareas estén sometidas eventualmente a un régimen diferente. Las prestaciones de servicios ejecutadas en virtud de un contrato de mandato de representación del titular de la obra corresponden al concepto de contrato público de servicios en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50. Por consiguiente, al menos en la medida en que suponga prestaciones de servicios, un contrato de mandato de representación del titular de la obra celebrado con arreglo a la Ley n° 85-704 estará sometido a las normas de dicha Directiva.

38. Analicemos ahora la segunda clase de tareas encomendadas al mandatario, con objeto de determinar si pueden sustraerse al ámbito de aplicación de la Directiva por suponer una transferencia de poder público. El mandatario representa al titular en dos casos: con motivo de la firma del contrato de dirección de obra y con ocasión de la suscripción del contrato de obra, por una parte, y cuando abona su remuneración a los prestadores y contratistas seleccionados, por otra parte.

39. Aunque el mandatario esté facultado para firmar los contratos de dirección de obra y de trabajos en nombre del titular, sólo puede hacerlo después de obtener su consentimiento.²⁷ En tal caso, no puede existir una transferencia real de poder público, ya que el mandatario no está en condiciones de adoptar decisiones de modo autónomo.

27 — Procede señalar que el mandatario, por el contrario, no puede oponerse a una decisión adoptada por el titular.

40. En lo que respecta al pago de su remuneración a los prestadores y a los contratistas, su financiación está garantizada por el titular, de modo que el mandatario tampoco dispone de margen de maniobra en este ámbito. Se limita a anticipar fondos, que le son reembolsados por el titular.

41. Así pues, aunque el mandatario puede efectuar determinados actos jurídicos en nombre del comitente, no dispone sin embargo de autonomía suficiente en su realización para que pueda ser considerado beneficiario de una transferencia de poder público.²⁸ Por ello, la alegación formulada por la República Francesa sobre la particularidad del mandato de representación del titular de la obra debe desestimarse y este contrato queda sujeto, en su totalidad, a la Directiva 92/50.

2. Eventual incidencia de la sentencia *Ordine degli Architetti* y otros

42. Según la República Francesa, el razonamiento de la sentencia *Ordine degli Archi-*

28 — En cuanto a la falta de autonomía de un auditor frente al Servicio de Control de Seguros, véase la sentencia de 13 de julio de 1993, *Thijssen*, (C-42/92, Rec. I-4047), apartados 20 a 22. Véanse también las sentencias de 5 de diciembre de 1989 y de 26 de abril de 1994, *Comisión/Italia*, antes citadas.

tetti y otros, antes citada, es aplicable por analogía y conduce a excluir todos los contratos de mandato del ámbito de aplicación de las Directivas relativas a contratos públicos. En ese asunto, un órgano jurisdiccional italiano había planteado al Tribunal de Justicia una cuestión sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario de una legislación nacional que preveía que el solicitante de una licencia de construcción puede ser eximido, total o parcialmente, del pago de una contribución adeudada por la concesión de dicha licencia, como contrapartida por la realización directa de las obras de urbanización (como las vías residenciales, las zonas de estacionamiento o las redes de abastecimiento de gas).

43. Después de declarar que dichas obras estaban comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/37, el Tribunal de Justicia concluyó que una disposición nacional como la controvertida en ese asunto era incompatible con la Directiva, cuando el valor de dicha obra sea igual o superior al umbral fijado por dicha Directiva.²⁹ En otras palabras, el Tribunal estima que el contrato celebrado entre el Ayuntamiento y el propietario de un terreno, solicitante de una licencia de construcción, está incluido en el ámbito de aplicación de dicha Directiva. Antes de llegar a esa conclusión, el Tribunal de Justicia formula una salvedad en el apartado 100 de la Sentencia: «Esto no significa que, para que se respete la Directiva en caso de realización de una obra de urbanización, la propia administración municipal deba necesariamente aplicar los procedimientos de contratación previstos

por dicha Directiva. La eficacia de esta última se garantiza igualmente si la legislación nacional permite que la administración municipal obligue al encargado de la urbanización titular de la licencia, mediante los acuerdos que celebra con él, a realizar las obras convenidas recurriendo a los procedimientos previstos por la Directiva, para cumplir las obligaciones que incumben a este respecto a la administración municipal en virtud de dicha Directiva. En efecto, en este caso, con arreglo a los acuerdos celebrados con el Ayuntamiento que lo exoneran de la contribución a las cargas de urbanización como contrapartida por la realización de una obra de urbanización pública, debe considerarse que el urbanizador ha recibido un mandato expreso del Ayuntamiento para la construcción de dicha obra. Esta posibilidad de aplicación de las reglas de publicidad de la Directiva por personas distintas de la entidad adjudicadora está, por otra parte, expresamente prevista en su artículo 3, apartado 4, en caso de concesión de obras públicas».

44. La Comisión y la República Francesa interpretan de modo distinto este pasaje.

45. La República Francesa pretende deducir de ese apartado una teoría general del mandato.³⁰ Según la interpretación de este apartado que propone la República Francesa, para que las prescripciones contenidas en la Directiva 93/37 o en la Directiva 92/50 sean respetadas, basta que el mandatario esté él

29 — Sentencia Ordine degli Architetti y otros, antes citada, apartado 103.

30 — En la vista, la República Francesa ha añadido que la Directiva 2004/18 recoge en su artículo 11 esta teoría del mandato aplicándolo a las centrales de compras.

mismo obligado por dichas Directivas. La Ley n° 85-704 es, por tanto, conforme con el Derecho comunitario, puesto que somete los contratos celebrados por el mandatario a las mismas obligaciones que si hubieran sido otorgados por el titular de la obra.³¹

46. La Comisión intenta señalar las diferencias entre el caso de autos y el que dio lugar a la sentencia *Ordine degli Architetti* y otros. Indica en primer lugar que se refieren a Directivas distintas. A continuación, subraya que, en un caso como el del asunto *Ordine degli Architetti* y otros, el Ayuntamiento no puede elegir a su mandatario, que es necesariamente el contribuyente titular de la licencia de construcción. Por último, el contrato celebrado entre un Ayuntamiento y el propietario de un terreno solicitante de una licencia de construcción se limita a prever la deducción de una carga como contrapartida de la urbanización, excluyendo cualquier otra prestación de servicios realizada a favor del Ayuntamiento.

47. A la luz de estos elementos, me parece que la sentencia *Ordine degli Architetti* y otros no puede ser interpretada como propone la República Francesa. En efecto, como explica la Comisión, dado que los contratos públicos de obras celebrados por el propietario están sujetos a las prescripciones de la Directiva 93/37, se preserva la eficacia

de esta Directiva.³² En otras palabras, es indiferente, a efectos del cumplimiento de los objetivos de la Directiva 93/37, que el titular de la obra sujeto a la obligación de licitación sea el Ayuntamiento o el propietario solicitante de la licencia de construcción.

48. Si se admite, por analogía, que el contrato de prestación de servicios celebrado entre el comitente y el mandatario puede ser excluido del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, se menoscabaría la eficacia de dicha Directiva. En efecto, a diferencia del supuesto examinado por el Tribunal de Justicia en el asunto *Ordine degli Architetti* y otros, es preciso distinguir, por una parte, las funciones de representación como la firma de contratos otorgados en nombre del titular de la obra y, por otra parte, las prestaciones realizadas a título oneroso por el mandatario para el titular. La eventual aplicación de la sentencia *Ordine degli Architetti* y otros sólo puede afectar a las funciones indicadas en primer lugar. Si se produjera una transferencia de poder público del titular al mandatario, cabría considerar que la aplicación de la Directiva 92/50 únicamente al mandatario bastaría para garantizar la eficacia de esta norma. En cambio, para las prestaciones de servicios realizadas a favor del titular, el mero hecho de que se efectúen en el marco de un contrato de mandato no puede impedir su sujeción a dicha Directiva.

32 — Se llegaría sin duda a una conclusión distinta si el propietario del terreno solicitante de una licencia de construcción no estuviera sujeto a las obligaciones de la Directiva por los contratos celebrados con los contratistas, ya que, entonces, la aplicación de la Directiva se excluiría totalmente aun cuando los edificios que hayan de construirse fueran «obras públicas» en el sentido de la Directiva.

31 — Artículo 4, último párrafo, de la Ley n° 85-704.

49. En lo que respecta a las actividades de representación del mandatario, a falta de transferencia de poder público, sólo cabe equiparar esas actividades a prestaciones de servicios. Además, en la medida en que nada se opone a que el titular encomiende a un prestador, en el marco de un contrato de obras y no en virtud de un mandato, prestaciones de asistencia idénticas a las que podrían ser realizadas por un mandatario, no puede existir ninguna duda sobre la aplicabilidad de la Directiva 92/50 al contrato de mandato de representación del titular de la obra. Pues bien, es sabido que la calificación de un contrato en Derecho nacional no puede tener por efecto eludir la aplicación del Derecho comunitario. De ello se deduce que la Directiva 92/50 es aplicable a las prestaciones de servicios realizadas por el mandatario al titular de la obra, sin que la calificación de la relación contractual en Derecho nacional pueda tener influencia alguna.

50. En todo caso, y como señalaré con mayor precisión en la tercera parte, aun cuando el contrato de mandato definido por la Ley francesa no estuviera comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva, seguiría estando sujeto a las prescripciones relativas a la libre prestación de servicios.

B. Incompatibilidad del artículo 4 de la Ley n° 85-704 con la Directiva 92/50

51. Dado que el contrato de mandato previsto en la Ley n° 85-704 está compren-

dido en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, procede determinar si la normativa francesa es compatible con dicha Directiva. El artículo 4 de la Ley n° 85-704, que es objeto del presente recurso, reserva la función de mandatario a algunas clases de entidades públicas francesas enumeradas de modo taxativo.

52. Esto parece contradecir claramente el objetivo de la Directiva 92/50 de conceder a todos los prestadores igual acceso a la contratación pública.³³ En efecto, como declaró el Tribunal de Justicia 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,³⁴ «si bien la Directiva no menciona expresamente el principio de igualdad de trato de los licitadores, no es menos cierto que el deber de respetar dicho principio responde a la esencia misma de la Directiva».³⁵ La misma afirmación es válida para la Directiva 92/50. El artículo 4 de la Ley n° 85-704 contraviene así claramente el principio de igualdad de trato de los licitadores, puesto que reserva exclusivamente a ciertas clases de personas jurídicas de Derecho público el beneficio de los contratos de representación del titular de la obra.

33 — Véase, en particular, el vigésimo considerando de la Directiva.

34 — DO L 185, p. 5; EE 17/03, p. 9.

35 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca (C-243/89, Rec. p. I-3353), apartado 33. Véase asimismo el punto 18 de las conclusiones del Abogado General Tesouro en ese asunto: «Al respecto, es apenas necesario resaltar, en efecto, que en el marco de una licitación de contrato público, precisamente porque se trata de un procedimiento que llama a la concurrencia, será preciso necesariamente garantizar la igualdad de todos los participantes en dicho procedimiento: de no ser así, no se trataría de una licitación sino antes bien de una negociación [...] privada. En suma, la igualdad de trato está en la base de toda regulación de los procedimientos de licitación de contratos públicos en la medida en que constituye su misma esencia».

53. Además, la Ley n° 85-704 no prescribe ninguna licitación previa para la adjudicación de un contrato de mandato, de modo que el titular tiene entera libertad en su elección, dentro de las clases de entidades públicas indicadas en el artículo 4 de dicha Ley, incluso si el importe de las prestaciones de servicios de que se trata supera el umbral previsto en el artículo 13 de la Directiva 92/50.

54. Como se ha recordado anteriormente, las obligaciones de licitación y publicidad previa varían en función de que los servicios prestados a la entidad adjudicadora figuren en la lista del anexo I A o I B de la Directiva 92/50. La cuestión de si un servicio pertenece a la clase I A o I B influye, por tanto, en el régimen que le es aplicable. Los contratos públicos relativos a servicios enumerados en el anexo I B están sujetos a obligaciones más limitadas que los que se refieren a servicios previstos en el anexo I A. En caso de contrato mixto, el artículo 10 de la Directiva 92/50 prevé: «Los contratos que tengan por objeto los servicios que figuran tanto en el Anexo I A como en el Anexo I B se adjudicarán con arreglo a lo dispuesto en los títulos III a VI cuando el valor de los servicios del Anexo I A sea superior al valor de los servicios del Anexo I B. En los demás casos, se adjudicarán de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 14 y 16».

55. En el presente asunto, y sin que sea necesario siquiera determinar qué procedimiento debería aplicarse al contrato de mandato de representación del titular de la

obra, basta observar que la Ley criticada no prevé ningún procedimiento de licitación para la selección del mandatario. Así, con independencia de que las prestaciones de servicios que se le encomiendan pertenezcan al anexo I A o al anexo I B, procede señalar que la Ley n° 85-704 no es compatible con los artículos 8 y 9 de la Directiva 92/50.

56. Aun cuando la clasificación de los servicios realizados por el mandatario tenga escasa influencia sobre la incompatibilidad de la Ley nacional con la Directiva 92/50, se impone una aclaración, al defender las partes puntos de vista opuestos.³⁶ El Estado demandado sostiene, con carácter subsidiario, que las prestaciones realizadas por el mandatario corresponden básicamente a servicios jurídicos, como los mencionados en el punto 21 del anexo I B de la Directiva 92/50, y accesoriamente a tareas administrativas, como la preparación de los procedimientos de licitación y adjudicación de contratos públicos así como aspectos contables, pertenecientes a la categoría 27 (otros servicios) de dicho anexo. La Comisión opina que el mandatario presta principalmente servicios de arquitectura e ingeniería, clasificados en el punto 12 del anexo I A. Las funciones meramente representativas del mandatario podrían corresponder, según la Comisión, al punto 27 del anexo I B de la Directiva 92/50, titulado «Otros servicios».

36 — Además, esta cuestión no está desprovista de implicaciones sobre la conformidad de la Ley n° 85-704, tal como ha sido modificada por el Decreto n° 2004-566, con la Directiva 92/50.

57. A la vista del artículo 3 de la Ley n° 85-704, citado en el punto 9 de las presentes conclusiones, que describe las funciones que pueden ser atribuidas al mandatario, parece difícil afirmar, como hace la Comisión, que las funciones encomendadas al mandatario consisten únicamente en servicios de diseño de planos de arquitectura o servicios de ingeniería que figuran en la categoría 12 del anexo I A, aun cuando la «definición de las condiciones administrativas y técnicas según las cuales se estudiará y ejecutará la obra»³⁷ y «la recepción de las obras»³⁸ parecen pertenecer a esta categoría. A este respecto, no cabe obviar un examen caso por caso. Conforme al artículo 10 de la Directiva 92/50, el titular de la obra podrá determinar cuál es el régimen aplicable al contrato de mandato de representación del titular de la obra de que se trata, puesto que no parece posible, debido a la diversidad de objetos de tales contratos, someterlos a un régimen uniforme.³⁹

58. A la vista de estas consideraciones, procede declarar la incompatibilidad del artículo 4 de la Ley de que se trata con los artículos 8 y 9 de la Directiva 92/50.⁴⁰ Para los casos en que no se aplica la Directiva, hay que determinar si el artículo 4 es conforme con el principio de libre prestación de servicios.

III. Incompatibilidad del artículo 4 de la Ley n° 85-704 con el artículo 49 CE

59. Podría plantearse la cuestión del interés de una aplicación acumulativa de los artículos del Tratado relativos a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento con las directivas que regulan los contratos públicos, y en el presente asunto, la Directiva 92/50. No obstante, para todos los contratos públicos no comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas, las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación son evidentemente aplicables.⁴¹ Del mismo modo, los contratos excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, como los contratos de concesión, siguen estando sujetos a las normas generales del Tratado.⁴² Así pues, para el caso de que el contrato de mandato de representación del titular de la obra no alcance los umbrales económicos de la Directiva⁴³ o pueda ampararse en una excepción a dicha Directiva, hay que determinar si el artículo 4 de la Ley de que se trata es conforme con el artículo 49 CE.

60. Según la República Francesa, el artículo 49 CE no es aplicable al caso de autos puesto que el mandatario no efectúa

37 — Artículo 3, primer guión, de la Ley n° 85-704.

38 — Artículo 3, sexto guión, de la Ley n° 85-704.

39 — Sentencia de 14 de noviembre de 2002, Felix Swoboda (C-411/00, Rec. p. I-10567).

40 — A este respecto, hay que indicar que, con arreglo al artículo 2, apartado 2, del Código de contratos públicos francés, tal como fue adoptado por el Decreto n° 2004-15, «los contratos públicos celebrados en virtud de un mandato conferido por una de las entidades públicas mencionadas en el apartado 1 del presente artículo» están sujetos a las disposiciones de dicho Código.

41 — Sentencia de 9 de julio de 1987, CEI y otros (asuntos acumulados 27/86 a 29/86, Rec. p. 3347), apartado 15, y auto de 3 de diciembre de 2001, Vestergaard (C-59/00, Rec. p. I-9505), apartados 19 a 21.

42 — Sentencias de 9 de septiembre de 1999, RLSAN (C-108/98, Rec. p. I-5219), apartado 20, y Telaustria y Telefonadress, antes citada, apartado 60. Véase también Cassia, P.: «*Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement*», RTDEur. 2002, p. 413.

43 — Artículo 7 de la Directiva 92/50.

una prestación de servicios. A diferencia de un prestador de servicios, el mandatario participa en una función de interés general, ejerce una función de representación de una entidad pública y se beneficia de una transferencia de atribuciones acompañada de una facultad de decisión.

61. Como se ha expuesto anteriormente, nada parece oponerse a calificar de prestaciones de servicios a las tareas desempeñadas por el mandatario.

62. Además, el Estado demandado reitera su alegación basada en la sentencia *Ordine degli Architetti* y otros, antes citada, y considera que su legislación no se opone al artículo 49 CE, puesto que el mandatario está sometido a las normas de los contratos públicos en lo que respecta a los contratos que adjudique en nombre del comitente.

63. La interpretación de esta sentencia que efectúa la República Francesa no es convincente. En efecto, como se ha explicado anteriormente, el mandatario no se limita a celebrar contratos por cuenta del titular de la obra, sino que también efectúa para éste numerosas prestaciones de servicios remuneradas. Las críticas de la Comisión se refieren únicamente a esta relación contractual en la que el mandatario es en realidad un prestador de servicios. La sentencia *Ordine degli Architetti* y otros sólo se refiere al mandato en sentido estricto, es decir, al supuesto en que el mandatario se limita a

actuar por cuenta de la persona a la que representa. Además, esta sentencia no excluye en ningún momento la calificación de prestación de servicios para un contrato de mandato. Dado que el mandatario actúa también como prestador de servicios está, como tal, sometido al artículo 49 CE.

64. El hecho de reservar a determinadas personas jurídicas de Derecho público el derecho de celebrar contratos de mandato de representación del titular de la obra, con arreglo al artículo 4 de la Ley n° 85-704, constituye un obstáculo a la libre circulación de las prestaciones de servicios. Aunque la disposición controvertida no hace referencia expresa a la nacionalidad de los prestadores de servicios autorizados, en la práctica es casi imposible que una empresa de otro Estado miembro obtenga el estatuto jurídico de persona jurídica de Derecho público francés.⁴⁴

65. Es más, aun cuando fuera posible que una empresa extranjera estuviera incluida en uno de los tipos de personas jurídicas citadas en el artículo 4 de la Ley de que se trata, exigir a una empresa extranjera que cambie de estatuto jurídico para poder efectuar las prestaciones de servicios controvertidas sería contrario al principio de libre prestación de servicios. Como subraya el Abogado General

⁴⁴ — Sentencias de 5 de diciembre de 1989, *Comisión/Italia*, antes citada, y de 26 de abril de 1994, *Comisión/Italia*, antes citada. En materia de libre circulación de mercancías, el Tribunal de Justicia sigue el mismo razonamiento: sentencia de 20 de marzo de 1990, *Du Pont de Nemours Italiana* (C-21/88, Rec. p. I-889). Véase también sobre esta cuestión el estudio de Noguellou, R.: «La délégation de maîtrise d'ouvrage publique face au droit communautaire: un conflit latent», en *Problèmes actuels de droit communautaire*, LGDJ, 1998.

Lenz en el punto 22 de sus conclusiones en el asunto C-360/89, Comisión/Italia ⁴⁵ «la libertad de empresa, que el artículo 59 pretende precisamente preservar, implica la posibilidad de no dar ese paso».

66. En definitiva, el artículo 4 de la Ley n.º 85-704 constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios ya que supone reservar a los prestadores de servicios de nacionalidad francesa los contratos relativos a los servicios enumerados en el artículo 3 de dicha Ley.

67. Una vez establecida la disconformidad de la Ley n.º 85-704 con el artículo 49 CE, procede interrogarse sobre la eventual aplicación del artículo 45 CE, apartado 1, que prevé que «las disposiciones del presente capítulo no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público» La Comisión considera la aplicación de esta excepción y después la descarta. Después de recordar que esta excepción debe interpretarse estrictamente restringiéndola a las «actividades contempladas que, en sí mismas, implican una relación directa con el ejercicio del poder público», ⁴⁶ la Comisión señala que las funciones atribuidas al mandatario tienen un carácter esencialmente técnico, que no corresponde a esta definición.

68. En lo que respecta a las actividades en las que el mandatario representa al titular de la obra, como la firma de los contratos de dirección de obra y de trabajos y la remuneración de los contratistas y de los prestadores de servicios, la Comisión considera igualmente inaplicable el artículo 45 CE. La firma de los contratos está supeditada al consentimiento del titular de la obra, de modo que, según la Comisión, no cabe estimar que el mandatario haya recibido realmente una delegación del poder público. El pago de remuneraciones a los contratistas y a los prestadores de servicios no supone tampoco el ejercicio por el mandatario de poder público, ya que la financiación está garantizada por el titular.

69. Como se ha demostrado anteriormente, el mandatario no participa en el ejercicio del poder público, tanto en las funciones de asistencia como de representación que le son encomendadas. Por consiguiente, la excepción prevista en el artículo 45 CE no le es aplicable. ⁴⁷

70. La excepción prevista en el artículo 46 CE tampoco puede hallar aplicación, puesto que el Estado demandado no ha alegado ninguna justificación relativa al orden público, a la seguridad pública o a la salud pública.

45 — Sentencia de 3 de junio de 1992 (C-360/89, Rec. p. I-3401).

46 — Sentencia de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia, antes citada.

47 — Véase a este respecto la jurisprudencia citada en la nota 27.

IV. Conclusión

71. En razón de las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que declare que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de 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 servicios, en particular de sus artículos 8 y 9, y del artículo 49 CE al reservar en el artículo 4 de la Ley n° 85-704, de 12 de julio de 1985, relativa a la titularidad pública de obras y sus relaciones con la dirección de obra privada, en su versión modificada por la Ley n° 91-662, de 13 de julio de 1991, y por la Ley n° 96-987, de 14 de julio de 1996, la función de gestión de representación delegada del titular de la obra a una enumeración taxativa de personas jurídicas francesas.