

## CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. JÁN MAZÁK

presentadas el 19 de febrero de 2009<sup>1</sup>

### I. Introducción

1. Mediante el presente recurso, interpuesto con arreglo al artículo 226 CE, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las disposiciones del artículo 8 en relación con los títulos III a VI 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,<sup>2</sup> por cuanto los Landkreise (circunscripción administrativa) Hamburg, Rotenburg (Wümme), Soltau-Fallingb. y Stade celebraron directamente un contrato relativo a la eliminación de residuos con los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo sin que dicho contrato de servicios fuera objeto de una licitación en el marco de un procedimiento de licitación abierto o restringido a nivel comunitario.

2. Las normas de procedimiento de adjudicación de los contratos públicos de servicios introducidas por la Directiva 92/50 constituyen una de las medidas destinadas a establecer el mercado interior contribuyendo a suprimir los obstáculos a la libre circulación

de los servicios. Es innegable que se trata de una medida que beneficia tanto al prestador como al destinatario de servicios.

3. En el caso de autos, la eliminación de los residuos constituye un servicio del que son destinatarios cuatro circunscripciones administrativas. En realidad, el número de destinatarios es mucho mayor. En efecto, las circunscripciones administrativas son sólo intermediarios para sus habitantes, que son los destinatarios finales de tal servicio. Me parece útil recordar que si resultara que un prestador de servicios ha sido elegido contraariamente a los requisitos que establece el Derecho comunitario, los intereses que resultarían más perjudicados serían los de dichos habitantes.

### II. Marco jurídico

4. Con arreglo al artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50, los «contratos públicos de servicios» son contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora, con exclusión de los contratos enumerados en los incisos i) a ix) de dicha disposición.

1 — Lengua original: francés.

2 — DO L 209, p. 1.

5. Según el artículo 1, letra b), de la Directiva 92/50: [...]»

«Se entenderá por “entidad adjudicadora”: 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.

Se entenderá por organismo de Derecho público todo organismo:

- creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general, que no tenga carácter industrial o mercantil,
- dotado de personalidad jurídica, y
- cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público; o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichos organismos; o tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, de cuyos miembros más de la mitad sean designados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.

6. Según el artículo 1, letra c), de la Directiva 92/50, se entenderá por «prestador de servicios» toda persona física o jurídica, incluidos los organismos públicos, que ofrezca servicios.

7. A tenor del artículo 8 de la Directiva 92/50, 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 de dicha Directiva. El anexo I A se refiere, en la categoría 16, a los «Alcantarillado y eliminación de desperdicios. Servicios de saneamiento y servicios similares».

8. De la estructura del artículo 11 de la Directiva 92/50 resulta que las entidades adjudicadoras adjudican sus contratos de servicios mediante el procedimiento abierto o el procedimiento restringido, excepto en los casos previstos en los apartados 2 y 3 del mismo artículo, en los que las entidades adjudicadoras podrán adjudicar sus contratos públicos de servicios por procedimiento negociado previa publicación de un anuncio de licitación (casos contemplados en el apartado 2) o por procedimiento negociado sin publicar previamente un anuncio de licitación (casos contemplados en el apartado 3).

9. A tenor del artículo 11, apartado 3, letra b), de la Directiva 92/50, las entidades adjudicadoras podrán adjudicar contratos públicos de servicios por procedimiento negociado, sin publicar previamente un anuncio de licitación, para los servicios que, por razones técnicas o artísticas o por cualquier otra razón relacionada con la protección de derechos exclusivos, sólo puedan ser prestados por un determinado prestador de servicios.

13. El contrato controvertido se celebró el 18 de diciembre de 1995 directamente, sin procedimiento de licitación abierta o restringida a nivel comunitario. Del preámbulo del contrato se desprende que los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo propusieron a las circunscripciones, mediante escrito de 30 de noviembre de 1994, una capacidad parcial de 120.000 toneladas al año en relación con la capacidad anual total de la instalación de valorización térmica de residuos en Rugenberger Damm (en lo sucesivo, «instalación de Rugenberger Damm») y que las circunscripciones aceptaron esa oferta mediante escrito de 6 de enero de 1995.

### III. Hechos

10. El recurso de la Comisión se refiere a un contrato celebrado entre, por una parte, las circunscripciones administrativas de Harburg, Rotenburg (Wümme), Soltau-Fallingb. y Stade (en lo sucesivo, «circunscripciones») y, por otra parte, los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo (en lo sucesivo, «contrato controvertido»).

11. Las circunscripciones y los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo son organismos públicos responsables de la eliminación de residuos.

12. El Land de Baja Sajonia al que pertenecen las circunscripciones, el Land de Schleswig-Holstein y la ciudad libre y hanseática de Hamburgo forman la región metropolitana de Hamburgo.

14. En el contrato controvertido, los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo se comprometieron a poner a disposición de las circunscripciones una capacidad de 120.000 toneladas al año para la valorización térmica de residuos en la instalación de Rugenberger Damm y las circunscripciones se comprometieron a pagar a los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo una remuneración anual compuesta de una parte fija y de una parte que dependía de la cantidad entregada.

15. La duración prevista del contrato controvertido era de veinte años a contar desde el 15 de abril de 1999, dado que cuando se celebró el contrato, la instalación de Rugenberger Damm estaba en fase de proyecto.

#### **IV. Procedimiento administrativo previo y procedimiento ante el Tribunal de Justicia**

16. La Comisión decidió actuar tras recibir la denuncia de un ciudadano que consideraba que pagaba unos impuestos demasiado elevados por el tratamiento de residuos.

17. Al considerar que, con la celebración directa de un contrato, en el que las partes contratantes eran las circunscripciones y los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo, relativo a la eliminación de residuos sin procedimiento de licitación ni de adjudicación a nivel comunitario, la República Federal de Alemania había podido violar las disposiciones del artículo 8 en relación con los títulos III a VI de la Directiva 92/50, la Comisión envió el 30 de marzo de 2004, con arreglo al artículo 226 CE, un escrito de requerimiento a la República Federal de Alemania.

18. La República Federal de Alemania contestó mediante escrito de 30 de junio de 2004. En él alegaba que, desde su punto de vista, el contrato controvertido era un acuerdo sobre la ejecución en común de una función de servicio público que incumbía a las circunscripciones administrativas y a la ciudad de Hamburgo y que, por lo tanto, se trataba de un caso de cooperación municipal.

19. Habida cuenta de que no quedó satisfecha con las observaciones formuladas por la República Federal de Alemania, la Comisión le remitió un dictamen motivado el

22 de diciembre de 2004 en el que declaraba que el contrato controvertido se hallaba comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50 y que, por lo tanto, la celebración directa del contrato entre las circunscripciones y los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo era contraria a la Directiva.

20. A pesar de las alegaciones expuestas por la República Federal de Alemania en su contestación al dictamen motivado de 25 de abril de 2005, la Comisión interpuso el presente recurso mediante el cual solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las disposiciones del artículo 8 en relación con los títulos III a VI de la Directiva 92/50 y que condene a la República Federal de Alemania a pagar las costas de la instancia.

21. Sobre la base de las alegaciones presentadas en su escrito de contestación a la demanda y en su dúplica, la República Federal de Alemania solicita al Tribunal de Justicia que desestime el recurso y que condene en costas a la demandante.

22. Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 14 de junio de 2007, se autorizó al Reino de los Países Bajos y a la República de Finlandia a intervenir en el

presente asunto en apoyo de las pretensiones de la República Federal de Alemania. Sin embargo, la República de Finlandia no ha presentado escrito de formalización de la intervención.

23. La República Federal de Alemania solicitó la celebración de una vista. Ésta tuvo lugar el 11 de noviembre de 2008 en presencia de los agentes de la República Federal de Alemania y de la Comisión.

## V. Apreciación

24. En su escrito de recurso, la Comisión parte de la hipótesis de que las circunscripciones son las entidades adjudicadoras en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva 92/50, que los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo son los prestadores de servicios en el sentido del artículo 1, letra c), de la Directiva 92/50, y que el contrato controvertido celebrado entre, por una parte, las circunscripciones y, por otra, los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo es un contrato público de servicios en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50. Dado que el contrato controvertido tiene por objeto un servicio que figura en el anexo I A de la Directiva 92/50 y que no se trata de un caso que pueda justificar la celebración de ese contrato utilizando un procedimiento negociado tras haber publicado un anuncio de licitación (artículo 11, apartado 2, de la Directiva 92/50) o un procedimiento negociado sin publicación previa de anuncio de licitación (artículo 11, apartado 3, de la Directiva 92/50), el contrato controvertido sólo pudo celebrarse utili-

zando, en su caso, el procedimiento abierto o el procedimiento restringido, en el sentido del artículo 11, apartado 4, de la Directiva 92/50.

25. Me propongo examinar la fundamentación de la alegación de la Comisión desde la perspectiva de los argumentos invocados por la República Federal de Alemania en virtud de los cuales no impugna que el contrato controvertido no haya sido objeto de un anuncio de licitación, sino que pretende demostrar que las circunscripciones no estaban obligadas a hacer pública una licitación para celebrar el contrato controvertido y ello debido a los cuatro motivos que se exponen a continuación.

26. En primer lugar, el contrato controvertido es expresión de la cooperación entre órganos estatales y, por lo tanto, afecta únicamente a las relaciones internas de la organización estatal en el marco del ejercicio de funciones públicas. De ello se deduce que no está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50. En segundo lugar, el contrato controvertido no es un contrato en el sentido del artículo 1, letra a), de la citada Directiva. En tercer lugar, aunque el contrato controvertido debiera calificarse de contrato en el sentido de la Directiva 92/50, existió una razón técnica en el sentido del artículo 11, apartado 3, letra b), de esa Directiva que justificaba que el contrato se celebrara utilizando un procedimiento negociado sin publicación previa de anuncio de licitación. En cuarto lugar, con arreglo al artículo 86 CE, apartado 2, no era necesario iniciar un procedimiento abierto o restringido dado que tal procedimiento habría impedido que las circunscripciones y los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo cumplieran su misión.

A. *Ámbito de aplicación de la Directiva 92/50*

27. La República Federal de Alemania alega en su descargo que el contrato controvertido constituye una operación interna del Estado que, por regla general, no se halla comprendida en el ámbito de la Directiva 92/50. Considera, al igual que el Gobierno neerlandés, que dicha Directiva afecta a la adjudicación de contratos a empresas y sólo se aplica cuando el Estado ha decidido que no desea realizar una tarea él mismo sino procurarse el servicio correspondiente en el mercado.

28. A este respecto, debe recordarse que el Tribunal de Justicia ha declarado que las Directivas en materia de celebración de contratos públicos<sup>3</sup> son, en general, aplicables cuando una entidad adjudicadora proyecta celebrar con una entidad jurídicamente distinta de ella un contrato a título oneroso, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, una entidad adjudicadora.<sup>4</sup> En el mismo sentido, esta Directiva se aplica indistintamente si un contrato se celebra para cumplir su función de satisfacer necesidades de interés general o no guarda relación con dicha función.<sup>5</sup>

3 — Se trata de la Directiva 92/50, la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 199, p. 1) y 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 (DO L 199, p. 549). Las tres Directivas parciales han sido derogadas y sustituidas por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento 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 (DO L 134, p. 114).

4 — Véanse las sentencias de 18 de noviembre de 1999, Teckal (C-107/98, Rec. p. I-8121), apartados 50 y 51; de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau (C-26/03, Rec. p. I-1), apartado 47.

5 — Véanse, en este sentido, las sentencias de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros (C-44/96, Rec. p. I-73), apartado 32, y Stadt Halle y RPL Lochau, citada en la nota 4, apartado 26.

29. No obstante, según el Tribunal de Justicia, existe una excepción a esta regla general. Las directivas en materia de adjudicación de contratos públicos no son aplicables, aunque la otra parte contratante sea una persona jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora, cuando se cumplen dos requisitos. Por una parte, la autoridad pública que es entidad adjudicadora debe ejercer sobre la persona distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, por otra parte, dicha persona debe realizar la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan.<sup>6</sup>

30. El Tribunal de Justicia consideró, en virtud precisamente de tal excepción, que era imposible excluir *a priori* del ámbito de aplicación de las directivas en materia de adjudicación de contratos las relaciones establecidas entre instituciones de Derecho público, independientemente de la naturaleza de esas relaciones.<sup>7</sup>

31. En el caso de autos, es evidente que, como señala la República Federal de Alemania, el contrato controvertido constituye un medio de cooperación entre los organismos estatales. Sin embargo, de esa única circunstancia no resulta que el contrato en cuestión no esté comprendido en el ámbito de aplicación de la

6 — Véanse las sentencias Teckal, citada en la nota 4, apartado 50; de 8 de abril de 2008, Comisión/Italia (C-337/05, Rec. p. I-2173), apartado 36 y las sentencias que allí se citan de 17 de julio de 2008, Comisión/Italia (C-371/05), apartado 22.

7 — Véase, en ese sentido, la sentencia de 13 de enero de 2005, Comisión/España (C-84/03, Rec. p. I-139), apartado 40.

Directiva 92/50. Una conclusión contraria únicamente sería posible si se probara que se cumplen los dos requisitos que se establecieron por primera vez en la sentencia Teckal.

32. Como la República Federal de Alemania destaca acertadamente, existe una posibilidad más para una autoridad pública que tiene carácter de «entidad adjudicadora» en el sentido del artículo primero, letra b), de la Directiva 92/50, de evitar la aplicación de dicha Directiva. Se trata de una situación en la que una autoridad pública realiza tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. Habida cuenta de que en tal supuesto, no puede tratarse de un contrato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora, no procede aplicar las normas comunitarias en materia de contratos públicos.<sup>8</sup>

33. Ello significa que las autoridades públicas no están obligadas, en el cumplimiento de las tareas de interés público, a recurrir al mercado para obtener la prestación de un servicio. Tienen la posibilidad de elegir entre recurrir a sus propios medios (en ese caso, la Directiva 92/50 no es aplicable) o al mercado.

34. A este respecto, no comparto la opinión de la República Federal de Alemania según la

cual, en el caso de autos, una cooperación entre dos entidades estatales diferentes constituye una utilización de los propios medios de la entidad adjudicadora. No puede considerarse que los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo sean los medios propios de las circunscripciones afectadas que constituyen las entidades adjudicadoras.

*B. Contratos públicos de servicios en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50*

35. La República Federal de Alemania considera que el contrato controvertido no constituye un contrato público de servicios en el sentido del artículo primero, letra a), de la Directiva 92/50, y ello por tres razones.<sup>9</sup> En primer lugar, el contrato constituye una medida de cooperación más amplia entre organismos estatales en el marco de la región metropolitana de Hamburgo. En segundo lugar, los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo no tienen, en relación con el contrato, la condición de prestador de servicios, sino que, por el contrario, ofrecen en su calidad de organismos públicos responsables de la eliminación de residuos, una asistencia administrativa a las circunscripciones que, a su vez, son responsables de la eliminación de residuos. En tercer lugar, por lo que se refiere a su contenido, el contrato va más allá que un contrato de servicios ordinario.

8 — Véase la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, citada en la nota 4, apartado 48.

9 — Más precisamente, Alemania indica cuatro razones, pero, en mi opinión, la alegación relativa a la existencia de una «medida interna» y la que se refiere a un «elemento de una cooperación más amplia» están estrechamente vinculadas.

36. En mi opinión, estas alegaciones no pueden desvirtuar la conclusión de que el contrato celebrado entre las cuatro circunscripciones, por una parte, y los servicios de limpieza urbana de Hamburgo, por otra, es un contrato público de servicios en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50.

37. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la existencia de un contrato en el sentido del artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36 supone la existencia de un acuerdo entre dos personas distintas.<sup>10</sup>

38. Este requisito se cumple claramente en el caso de autos. Además, el objeto del contrato controvertido, a saber, la valorización térmica de residuos, está comprendido entre los servicios a los que se refiere la categoría 16 del anexo I A de la Directiva 92/50.

39. Habida cuenta de que no puede considerarse que los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo son los medios propios de las circunscripciones,<sup>11</sup> sólo puede excluirse la aplicación de la Directiva 92/50 si se cumplen los dos requisitos acumulativos para la aplicación de la excepción que he mencionado en el punto 29 de las presentes conclusiones.

40. Así, es preciso examinar si las circunscripciones ejercen sobre los servicios de limpieza urbana un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios y si los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo realizan la parte fundamental de su actividad con las circunscripciones.

41. El Tribunal de Justicia ha examinado en varias ocasiones la cuestión del «control análogo». De su jurisprudencia se desprende que para apreciar si una autoridad pública ejerce sobre la otra parte contratante un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, procede tener en cuenta no sólo el conjunto de disposiciones legales sino también circunstancias pertinentes en el caso de autos. Del referido examen, ha de resultar que una entidad concesionaria está sometida a un control que permita a la entidad adjudicadora influir en las decisiones de dicha entidad. Debe tratarse de una posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha entidad.<sup>12</sup>

42. La República Federal de Alemania alega, a este respecto, que se cumple el requisito del control análogo, puesto que las circunscripciones afectadas ejercían un control recíproco a nivel de la región metropolitana de Hamburgo.

10 — Véase la sentencia Teckal (citada en la nota 4), apartado 49 y de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorcio Alisei (C-340/04, Rec. p. I-4137), apartado 32.

11 — Véase el punto 34 de las presentes conclusiones.

12 — Véanse las sentencias de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen (C-458/03, Rec. p. I-8585), apartado 65; Carbotermo y Consorcio Alisei, citada en la nota 10, apartado 36; de 17 de julio de 2008, Comisión/Italia, citada en la nota 6, apartado 24 y de 13 de noviembre de 2008, Coditel Brabant (C-324/07, Rec. p. I-8457), apartado 28.



43. Sobre este particular, es preciso señalar que nada indica que las circunscripciones participen en los servicios de limpieza urbana de la ciudad y que, por lo tanto, ejerzan el control sobre éstos.

44. Por otra parte, como señala acertadamente la Comisión, los servicios de limpieza urbana no ejercen sus actividades en favor de las circunscripciones en virtud de una ley o de otras disposiciones de Derecho público, sino sobre la base de un contrato. El contrato controvertido presenta un único vínculo jurídico entre las circunscripciones y los servicios de alcantarillado de la ciudad de Hamburgo y ese contrato no confiere posibilidad alguna para un control por parte de las circunscripciones.

45. En mi opinión, una referencia general a los objetos comunes es netamente insuficiente, puesto que un control debe tener un fondo más sensible.

46. El principio de «pagar con la misma moneda», sobre el que se basa la cooperación en el marco de la región metropolitana de Hamburgo según la República Federal de Alemania, permite a las circunscripciones ejercer, a lo sumo, un control indirecto sobre los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo.

47. Habida cuenta de que, en mi opinión, no concurre el primer requisito para la aplicación de la excepción, resulta inútil examinar si se cumple el segundo. No obstante, ha de recordarse que la eliminación de los residuos representa sólo una parte de las actividades de los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo.

48. En vista de las consideraciones anteriores, no encuentro ningún elemento que permita suponer que el contrato controvertido no constituye un contrato público de servicio en el sentido de la Directiva 92/50. Ello significa que su celebración sólo puede tener lugar si se respetan las disposiciones de la citada Directiva.

*C. Procedimiento negociado sin previa publicación de un anuncio de licitación como excepción a la regla general de procedimiento de adjudicación de contrato público*

49. La República Federal de Alemania alega asimismo en su defensa que las circunscripciones sólo pudieron celebrar el contrato controvertido con los servicios de alcantarillado de la ciudad de Hamburgo, que disponían de un emplazamiento garantizado para la construcción de una instalación de valorización de los recursos. El hecho de que en la región metropolitana de Hamburgo no existiera ningún otro emplazamiento para la construcción de tales instalaciones y de que las instalaciones existentes no dispusieran de

capacidades disponibles constituye una razón técnica en el sentido del artículo 11, apartado 3, letra b), de la Directiva 92/50 que justifica la celebración de un contrato público utilizando un procedimiento negociado sin previa publicación de un anuncio de licitación.

50. De la estructura del artículo 11 de la Directiva 92/50 se desprende claramente que su apartado 3 constituye una excepción a la regla general establecida en el apartado 4 del mismo artículo, según la cual las entidades adjudicadoras deben celebrar sus contratos de servicios utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido.

51. A este respecto, procede recordar que el artículo 11, apartado 3, de la Directiva 92/50 debe ser objeto de interpretación estricta, ya que introduce una excepción a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado CE en el sector de los contratos públicos de servicios, y que la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias extraordinarias que justifican la excepción incumbe a quien pretende beneficiarse de ella.<sup>13</sup>

52. El Tribunal de Justicia tuvo ya que examinar la existencia de «razones técnicas» en la sentencia de 10 de abril de 2003, Comisión/Alemania.<sup>14</sup> El Tribunal de Justicia declaró que podía tomarse en consideración una razón técnica encaminada a proteger el medio ambiente si el contrato en cuestión sólo podía confiarse a un prestador determinado. Es cierto que, en dicha sentencia, el Tribunal de Justicia no dio una definición exhaustiva de las razones técnicas, sino que las definió negativamente concretando los hechos que no constituyen razones técnicas en el sentido del artículo 11, apartado 3, de la Directiva 92/50.

53. En la sentencia de 2 de junio de 2005, Comisión/Grecia,<sup>15</sup> el Tribunal de Justicia consideró, en relación con el artículo 20, apartado 2, letra c), de 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,<sup>16</sup> que incluye una norma análoga a la del artículo 11, apartado 3, de la Directiva 92/50, que la aplicación de aquella disposición está sujeta a dos requisitos acumulativos, a saber, por una parte, que existan razones técnicas de las obras que sean objeto del contrato y, por otra parte, que dichas razones técnicas hagan absolutamente necesaria la adjudicación del contrato a una empresa determinada.

13 — Véanse las sentencias de 10 de abril de 2003, Comisión/Alemania (C-20/01 y C-28/01, Rec. p. I-3609), apartado 58 y de 18 de noviembre de 2004, Comisión/Alemania (C-126/03, Rec. p. I-11197), apartado 23.

14 — Sentencia de 10 de abril de 2003, Comisión/Alemania, citada en la nota 13, apartados 58 a 67.

15 — Asunto C-394/02, Rec. p. I-4713, apartado 34.

16 — DO L 199, p. 84.

54. Tomando como base la jurisprudencia citada, considero que la República Federal de Alemania no ha probado que esté justificado en el caso de autos el recurso al artículo 11, apartado 3, de la Directiva 92/50.

55. Admitir que la alegación de la República Federal de Alemania, que se basa en la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos,<sup>17</sup> significaría que la dicha Directiva impediría la plena eficacia de la Directiva 92/50.

*D. La Directiva 92/50 como elemento que impide el cumplimiento por las circunscripciones de la función de eliminación de residuos*

56. La República Federal de Alemania alega también que las circunscripciones y los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo, en su calidad de organismos de Derecho público responsables de la eliminación de residuos, únicamente pueden cumplir su función mediante la celebración del contrato controvertido. Ahora bien, la Directiva 92/50 obliga a las circunscripciones a adjudicar un contrato al prestador que propone los precios más bajos o la oferta económicamente más favorable en el marco de un procedimiento abierto o restringido. Así, la obligación, que resulta de la Directiva

92/50, de realizar el anuncio de licitación en el marco de un procedimiento de adjudicación abierto o restringido, obstaculiza el cumplimiento de la función de las circunscripciones y de los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo. Por lo tanto, no se aplica, como tal, en virtud del artículo 86 CE, apartado 2, a las circunscripciones y a los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo.

57. En cuanto al artículo 86 CE, apartado 2, según el cual las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada, el Tribunal de Justicia ha declarado que, al tratarse de una disposición que permite, en determinadas circunstancias, una excepción a las normas del Tratado, dicho artículo debe ser objeto de interpretación estricta<sup>18</sup> y que corresponde al Estado miembro o la empresa que invoca esa disposición demostrar que concurren los requisitos de aplicación.<sup>19</sup>

18 — Véanse las sentencias de 17 de julio de 1997, *GT-Link* (C-242/95, Rec. p. I-4449), apartado 50 y de 17 de mayo de 2001, *TNT Traco* (C-340/99, Rec. p. I-4109), apartado 56.

19 — Véanse las sentencias de 23 de octubre de 1997, *Comisión/Francia* (C-159/94, Rec. p. I-5815), apartado 94; *TNT Traco*, citada en la nota 18, apartado 59, y de 15 de noviembre de 2007, *Internacional Mail Spain* (C-162/06, Rec. p. I-9911), apartado 49.

17 — DO L 194, p. 39; EE 15/01, p. 129.

58. En mi opinión, la República Federal de Alemania no ha cumplido la carga de la prueba que le incumbe.

59. La alegación de la República Federal de Alemania se basa, a ese respecto, en dos premisas. En primer lugar, si el contrato controvertido no hubiera existido, ni las circunscripciones ni los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo habrían podido cumplir sus funciones en materia de eliminación de residuos. En efecto, la instalación de Rugenberger Damm se pudo construir sólo gracias a ese contrato. En segundo lugar, el contrato controvertido no se habría celebrado si las circunscripciones hubieran procedido a un anuncio de licitación en el marco de un procedimiento de licitación abierta o restringida, porque en el marco de dicho procedimiento, habría sido necesario atribuir el contrato al prestador que hubiera presentado los precios más bajos o la oferta económicamente más favorable.

60. En mi opinión, tanto la primera como la segunda premisa son erróneas.

61. Dudo que el contrato controvertido haya sido el único medio que permitiera cumplir la función de la eliminación de los residuos. Como señala acertadamente la Comisión, los servicios de alcantarillado de la ciudad Hamburgo hubieran podido proponer sus

capacidades libres igualmente a otras personas.<sup>20</sup>

62. Tampoco considero que la aplicación del procedimiento abierto o del procedimiento restringido haya obstaculizado la conclusión de ese contrato tal como se celebró entre las circunscripciones y los servicios de alcantarillado de la ciudad de Hamburgo, dado que, en el marco de dichos procedimientos, un contrato debe atribuirse al prestador que ofrezca los precios más bajos o la oferta económicamente más favorable.

63. Es preciso recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que los criterios en los que pueden basarse las entidades adjudicadoras para la adjudicación de los contratos pueden ser, cuando el contrato se adjudique a la oferta económicamente más ventajosa, distintos y variables en función del contrato, y que cada uno de los criterios de adjudicación adoptados por la entidad adjudicadora con el fin de identificar la oferta económicamente más ventajosa no debe necesariamente ser de naturaleza puramente económica.<sup>21</sup> El Tribunal de Justicia afirmó explícitamente que la entidad adjudicadora podía tomar en consideración criterios relativos a la preservación del medio ambiente en las diferentes etapas de un procedimiento de adjudicación de los contratos públicos.<sup>22</sup>

20 — En definitiva, podría haberse previsto una obligación de los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo, como entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva 92/50, de realizar un anuncio de licitación, buscando la cantidad que faltaba de los recursos.

21 — Véase la sentencia de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland (C-513/99, Rec. p. I-7213), apartados 53 y 55.

22 — Véanse las sentencias Concordia Bus Finland, citada en la nota 21, apartado 57 y de 10 de abril de 2003, Comisión / Alemania, citada en la nota 13, apartado 60.

## VI. Conclusión

64. Por todas las razones antes expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que resuelva lo siguiente:

- Declarar que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 8 en relación con los títulos III a VI 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, al haber celebrado directamente los Landkreise Harburg, Rotenburg (Wümme), Soltau-Fallingb. y Stade un contrato relativo a la eliminación de residuos con los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo y al no haber sido dicho contrato de servicios objeto de una licitación en el marco de un procedimiento abierto o restringido a nivel comunitario.
  
- Condenar en costas a la República Federal de Alemania.
  
- Condenar al Reino de los Países Bajos y a la República de Finlandia, partes intervinientes, a cargar con sus propias costas.