CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. JÁN MAZÁK
presentadas el 22 de septiembre de 2009 [1]

1. Mediante el presente recurso, interpuesto con arreglo al artículo 226 CE, la Comisión solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2, 28 y 31 de la Directiva 2004/18/CE, [2] al adoptar y mantener vigentes los artículos 73 y 74-IV del code des marchés publics, [3] (en lo sucesivo, «disposiciones controvertidas»), en los que se establece un procedimiento para la adjudicación de los *marchés de définition* [4] de proyectos que permite que las entidades adjudicadoras adjudiquen un *marché d'exécution* (de servicios, suministros u obras) a uno de los titulares de los contratos de definición iniciales, sin nueva licitación o, a lo sumo, previa licitación restringida a dichos titulares.

I. Marco jurídico

A. *Derecho comunitario*

2. El artículo 2 de la Directiva titulado «Principios de adjudicación de contratos» establece que «los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia».

3. El artículo 28 de la Directiva, titulado «Utilización de los procedimientos abiertos, restringidos y negociados, así como del diálogo competitivo», dispone:

«Para adjudicar sus contratos públicos, los poderes adjudicadores aplicarán los procedimientos nacionales, adaptados a efectos de la presente Directiva.

1 — Lengua original: inglés.

2 — 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) (en lo sucesivo, «Directiva» o «Directiva 2004/18»).

3 — Código de Contratación Pública adoptado por Decreto nº 2006-975 de 1 de agosto de 2006 (Diario Oficial de la República Francesa nº 179 de 4 de agosto de 2006, p. 11627) que entró en vigor el 1 de septiembre de 2006 (en lo sucesivo, «CMP 2006»).

4 — Se trata de contratos públicos de definición de parámetros, incluido el objetivo, de un contrato público de obras, suministros o servicios y se les denomina también «concursos de concepción» o «contratos de definición de proyecto». En el presente caso, se trata únicamente de un procedimiento de adjudicación de varios *marchés de définition* – aplicable cuando se reúnen las condiciones del artículo 73, apartado 3 del CMP 2006 y no un sólo *marché de définition*.

Adjudicarán estos contratos públicos haciendo uso del procedimiento abierto o del procedimiento restringido. En las condiciones específicas previstas expresamente en el artículo 29, los poderes adjudicadores podrán adjudicar sus contratos públicos haciendo uso del diálogo competitivo. En los casos y circunstancias específicos previstos expresamente en los artículos 30 y 31, podrán recurrir a un procedimiento negociado, con o sin publicación del anuncio de licitación.»

4. Los Estados miembros deberán adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la Directiva a más tardar el 31 de enero de 2006.

B. *Derecho nacional*

5. El CMP 2006, que entró en vigor el 1 de Septiembre de 2006, establece, en particular, lo siguiente:

«Artículo 73

Cuando el poder adjudicatario no esté en condiciones de precisar los objetivos y los resultados que se pretende alcanzar, las técnicas que deben utilizarse, y los recursos humanos y materiales necesarios, podrá recurrir a los *marchés de définition.*

El fin de tales contratos es explorar las posibilidades y las condiciones para establecer un contrato posterior, en su caso, mediante la realización de una maqueta o de un demostrador. Asimismo, permitirán estimar el nivel de precios de las prestaciones, las modalidades de su determinación y prever las diferentes fases de ejecución de las prestaciones.

En el marco de un procedimiento único, las prestaciones de ejecución subsiguientes a varios *marchés de définition* que tengan un mismo objeto y se ejecuten simultáneamente, se adjudicarán tras una nueva licitación limitada a los titulares iniciales de los *marchés de définition,* de conformidad con las disposiciones siguientes:

1º El anuncio de licitación definirá el objeto de los *marchés de définition* adjudicados simultáneamente y el objeto del *marché d'exécution* posterior;

2º El anuncio de licitación definirá los criterios de selección de las candidaturas.

Estos criterios tendrán en cuenta la capacidad y competencia exigida a los candidatos tanto para los *marchés de définition* como para el posterior *marché d'exécution;*

3º El anuncio de licitación definirá los criterios de selección de las ofertas de los *marchés de définition* adjudicados simultáneamente y los criterios de selección de las ofertas del *marché d'exécution* posterior;

4º El importe de las prestaciones que deben compararse a los umbrales tendrá en cuenta el importe de los estudios de definición y el importe estimado del contrato de ejecución posterior;

5º El número de *marchés de définition* adjudicados simultáneamente en el marco de este procedimiento no podrá ser inferior a tres, con la condición de que haya un número suficiente de candidatos.

El contrato o el acuerdo marco se adjudicará por la comisión de licitación para las entidades territoriales o previo dictamen del comité de licitación para el Estado, los establecimientos públicos sanitarios y los establecimientos públicos sociales o médico sociales.»

«Artículo 74

IV. En el marco de un procedimiento único, el contrato o el acuerdo marco de dirección de obra subsiguiente a varios *marchés de définition* que tengan un mismo objeto y que se ejecuten simultáneamente podrá adjudicarse tras una nueva licitación limitada a los titulares de los *marchés de définition* iniciales, con arreglo a las condiciones establecidas en el párrafo tercero del artículo 73.»

II. Procedimiento

6. El 18 de octubre de 2004, la Comisión remitió a la República Francesa un primer escrito de requerimiento y el 12 de diciembre de 2006, un escrito de requerimiento complementario. Al no considerar satisfactoria la respuesta de la República Francesa, la Comisión emitió un dictamen motivado el 27 de junio de 2007. Al estimar que persistía el incumplimiento e insatisfecha con las respuestas recibidas, la Comisión decidió interponer el presente recurso. Ambas partes presentaron observaciones orales en la vista celebrada el 10 de junio de 2009.

III. Apreciación

A. *Principales alegaciones de las partes*

7. La Comisión alega que Francia permite la adjudicación de contratos sobre la base de un acuerdo mutuo, o con competencia limitada, en situaciones no previstas por la Directiva. A juicio de la Comisión, es imposible que el objeto y los criterios de adjudicación del contrato de ejecución puedan fijarse con precisión en un momento en que el proyecto todavía no está definido y en el que los *marchés de définition* todavía no se han ejecutado. El *marché de définition* y el *marché d'exécution* son dos contratos públicos completamente diferentes y no pueden adjudicarse mediante un sólo procedimiento. Según la Comisión, el procedimiento de adjudicación de los *marchés de définition* no está incluido ni en el ámbito del diálogo competitivo ni en el acuerdo marco en el sentido de los artículos 29 y 32 de la Directiva y no puede analizarse como una derivación del diálogo competitivo.

8. El Gobierno francés sostiene que las disposiciones impugnadas no son incompatibles con la Directiva, que es meramente una Directiva de coordinación. A su juicio, es posible establecer el objeto y los criterios del *marché d'exécution* posterior desde la convocatoria de los *marchés de définition*. Asimismo, el Gobierno francés señala que la Directiva ha previsto dos procedimientos con características análogas a las del procedimiento francés para la adjudicación de los *marchés de définition,* el acuerdo marco y el diálogo competitivo. Por tanto, el propio legislador comunitario estableció dos procedimientos complejos en los que los contratos se licitan en dos fases, sin que las disposiciones sean exhaustivas.

B. *Apreciación*

1. Observaciones generales

9. La Comisión manifiesta que, al distinguir entre *marchés de définition* y *marchés d'exécution* y al permitir, en determinadas circunstancias, la adjudicación de este último a uno de los titulares de los *marchés de définition* iniciales sin un nuevo concurso o, al menos, previa licitación restringida a dichos titulares, la normativa francesa incumple los principios fundamentales de igualdad y de transparencia, inherentes a la Directiva. A este respecto, debe señalarse que la alegación según la cual los *marchés de définition* no son objeto de concurso parece referirse a la redacción de las disposiciones del CMP 2004. [5] Por tanto, examinaré la alegación de la Comisión en la medida en que afecta a las disposiciones controvertidas –es decir, al CMP 2006 que debía adaptar el ordenamiento nacional a la Directiva– en el sentido de que dichas disposiciones permiten que en los *marchés d'exécution* haya una licitación restringida únicamente a los titulares de los *marchés de définition* iniciales y ello en situaciones no previstas por la Directiva.

5 — El Código de obras públicas adoptado por Decreto nº 2004-15 de 7 de enero de 2004 (Diario Oficial de la República Francesa nº 6 de 8 de enero de 2004, p. 703) (en lo sucesivo, «CMP 2004»), sustituido posteriormente por el CMP 2006.

2. Sobre el carácter exhaustivo del artículo 28 de la Directiva

10. A este respecto, en sus observaciones las partes han discutido ampliamente sobre si la lista de procedimientos para la adjudicación de contratos públicos, contenida en el artículo 28 de la Directiva, es de carácter exhaustiva en la medida en que claramente no prevé los *marchés de définition*.

11. El Gobierno francés sostiene que, a la vista del tercer considerando de la Directiva y del artículo 28, la Directiva no pretendía abolir todos los procedimientos nacionales específicos. Refiriéndose a la sentencia del Tribunal de Justicia en los asuntos CEI y Bellini, [6] sobre la Directiva 71/305/CEE, [7] el Gobierno francés afirma que «los Estados miembros conservan su libertad para mantener o dictar reglas materiales y procesales en materia de contratos públicos, a condición de respetar todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario y, en particular, las prohibiciones derivadas de los principios consagrados por el Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios». [8]

12. En efecto, del título y de los considerandos segundo y tercero de la Directiva resulta claramente que el objetivo de la Directiva es coordinar los procedimientos nacionales para la adjudicación de contratos públicos. Por ello, no establece una normativa comunitaria uniforme y exhaustiva de normas comunitarias en la materia. Por tanto, en el marco de las normas comunes que contiene, los Estados miembros conservan su libertad para mantener o dictar reglas materiales y procesales en materia de contratos públicos, a condición de respetar todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario. El hecho de que la Directiva no haya conseguido una armonización completa de las normas que regulan los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos no significa que algunas de sus disposiciones no deban entenderse en el sentido de que regulan exhaustivamente ciertos aspectos.

13. En primer lugar, basta señalar que el Gobierno francés no puede invocar la jurisprudencia CEI y Bellini, porque el artículo 28 de la Directiva 2004/18 difiere sustancialmente del artículo 2 de la Directiva 71/305, el legislador comunitario completó el artículo 28 de la Directiva con un segundo apartado completamente nuevo, decisivo para el presente caso.

14. En segundo lugar, hay algunos factores que indican de manera convincente que los procedimientos citados en el artículo 28 de la Directiva deben considerarse exhaustivos. En general, la redacción de dicho apartado no tiene ninguna de las características que pueden observarse en lo que normalmente se conoce como una lista abierta. Por el

6 — Sentencia de 9 de julio de 1987, (27/86 a 29/86, Rec. p. 3347).

7 — Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 185, p. 5; EE 17/01, p. 9).

8 — CEI y Bellini, citada en la nota 6, apartado 15. Véase también la sentencia de 20 de septiembre de 1988 Beentjes (31/87, Rec. p. 4635), apartado 20. El Gobierno francés alega que esta jurisprudencia puede aplicarse a la Directiva 2004/18 en particular porque el segundo considerando de la Directiva 71/305 es actualmente el tercer considerando de la Directiva 2004/18 y el artículo 2 de la Directiva 71/305 se ha convertido en el artículo 28 de la Directiva 2004/18.

contrario, este apartado enumera no sólo los dos procedimientos comunes sino también dos procedimientos excepcionales no dejando, por tanto, lugar para un complemento interpretativo de la lista de procedimientos. Asimismo, la Directiva en su conjunto no contiene ninguna disposición que permita tal complemento.

15. Como explicaré posteriormente el procedimiento para la adjudicación de los *marchés de définition* se diferencia claramente de los procedimientos establecidos por la Directiva y no puede asimilarse a ninguna disposición de la Directiva. De hecho, el Gobierno francés reconoció expresamente en su escrito de contestación a la demanda y en su dúplica que los *marchés de définition* no están regulados en la Directiva.

16. Los procedimientos previstos por la Directiva son los siguientes. Como resulta claramente del segundo apartado del artículo 28 de la Directiva, el legislador comunitario ha establecido dos procedimientos que, por regla general, deben seguirse por los poderes adjudicadores. Son el procedimiento abierto y el procedimiento restringido a los que se puede denominar procedimientos comunes o normales. Por otro lado, puede considerarse que el diálogo competitivo constituye un procedimiento especial o excepcional cuya aplicación y condiciones se precisan en el artículo 29 de la Directiva. [9] De igual modo, el procedimiento negociado, con o sin publicación de un anuncio de licitación, tiene un carácter excepcional y sus condiciones se precisan en los artículos 30 y 31 de la Directiva. [10]

17. Sin embargo, el Gobierno francés alega que, en realidad, determinados procedimientos de adjudicación específicos, que no se mencionan en el artículo 28 de la Directiva, se prevén en el capítulo V titulado «Procedimientos». El Gobierno francés se refiere a los acuerdos marco, sistemas dinámicos de adquisición y contratos públicos de obras: normas particulares sobre construcción de viviendas sociales. Estos se regulan respectivamente en los artículos 32, 33 y 34 de la Directiva.

18. A este respecto, en primer lugar, los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisición son formas de contratos específicas o variaciones de procedimientos existentes. No son nuevas formas de los procedimientos para la adjudicación de los contratos públicos que están, como tales, previstos en el artículo 28 de la Directiva. Asimismo, de la redacción de los artículos 32, apartado 2, y 33, apartado 2, de la Directiva resulta que los poderes adjudicadores están obligados a seguir las normas de procedimiento previstas en el artículo 28 de la Directiva. En segundo lugar, por lo que respecta a las reglas sobre la construcción de viviendas sociales, el título

9 — Véase Trepte, P., *Public procurement in the EU. A Practitioner's Guide*, 2ª ed., Oxford 2007, p. 427, nota 187.

10 — Esta interpretación se confirma por los *travaux préparatoires* de la Directiva. La propuesta de Directiva explicaba, para justificar la redacción del artículo 28, que «se añade un nuevo apartado 2, en el que se explicita el principio por el cual los procedimientos de Derecho común son el procedimiento abierto y el procedimiento restringido. En el nuevo apartado 3 [que finalmente se fusionó con el apartado 2] se precisa la excepción: los poderes adjudicadores sólo pueden recurrir al procedimiento negociado en los casos y condiciones específicas enumerados en los artículos 29, 30 y 31».

del artículo 34 indica claramente que se trata de «normas particulares» y no reglas de procedimiento como tales. Se trata más bien de una excepción a las disposiciones sobre el procedimiento general. En efecto, la propia existencia del artículo 34 de la Directiva y de las normas particulares que establece aboga en favor del punto de vista de que la lista de procedimientos de adjudicación del capítulo V de la Directiva debe considerarse exhaustiva.

19. En este contexto, procede señalar de pasada que en sus observaciones el Gobierno francés también invoca las ventajas y la *raison d'être* del procedimiento de adjudicación de los *marchés de définition* especialmente respecto a contratos complejos en los que los poderes adjudicadores «no están en condiciones de precisar los objetivos y los resultados que se pretende alcanzar, las técnicas que deben utilizarse, y los recursos […] necesarios». [11] De los *travaux préparatoires* de la Directiva resulta que el legislador comunitario era consciente de este tipo de preocupaciones. [12] En consecuencia, el legislador comunitario incluyó un nuevo procedimiento entre los procedimientos para la adjudicación de los contratos públicos, en forma del diálogo competitivo pero no decidió incluir el procedimiento para la adjudicación de los *marchés de définition*. [13]

20. Asimismo, el Gobierno francés intenta defender su posición alegando que los *marchés de définition* deben considerarse análogos a dos procedimientos regulados en la Directiva, el acuerdo marco y el diálogo competitivo. En lo que se refiere al primero, la licitación puede dividirse en dos fases en la última de las cuales la competencia se limita a los titulares seleccionados para el primer contrato y que permite precisar los términos del segundo contrato. Respecto al segundo, el procedimiento de adjudicación de los *marchés de définition* permite a los poderes adjudicadores fijar las condiciones del contrato cuyos criterios de selección han sido establecidos. Por tanto, según el Gobierno francés, el legislador comunitario estableció procedimientos complejos que se licitan en dos fases pero que no son exhaustivos.

21. No cabe admitir este razonamiento. Basta señalar que el Gobierno francés no discute que el procedimiento para la adjudicación de los *marchés de définition* no está comprendido ni en el ámbito del diálogo competitivo ni en el del acuerdo marco en el sentido de los artículos 29 y 32 de la Directiva. El diálogo competitivo y los acuerdos marco son formas de contratos regulados por disposiciones específicas. Reconociendo su especificidad, el legislador comunitario previó reglas que garantizan que se mantenga el respeto de los principios enunciados en el artículo 2 de la Directiva.

22. Si se considerase que la lista del artículo 28 de la Directiva es exhaustiva, el Gobierno francés señala, con carácter subsidiario, que el procedimiento para la adjudicación de los *marchés de définition* debería analizarse como una derivación del procedimiento de diálogo competitivo. En primer lugar, parece que el

11 — Véase el artículo 73 del CMP 2006.

12 — La propuesta de Directiva señalaba en la página 6 que «en especial en los contratos particularmente complejos […] los compradores saben cuáles son sus necesidades pero no saben previamente cuál es la mejor solución técnica para satisfacerlas. En consecuencia, en estos casos resulta necesario un diálogo entre compradores y proveedores. Sin embargo, los procedimientos de derecho común previstos por las directivas […] sólo dejan un margen muy reducido para la discusión a lo largo del procedimiento de adjudicación, por lo que son considerados demasiado rígidos para este tipo de situaciones».

13 — Una de las razones para ello podría ser que no se consideró necesario incluir los *marchés de définition* en la medida en que este procedimiento es similar al nuevo procedimiento de diálogo competitivo, que se incluyó en el ordenamiento jurídico francés a través del artículo 67 del CMP 2006 como un procedimiento completamente autónomo, que parece responder a las mismas preocupaciones.

Gobierno francés invocó esta alegación, con carácter subsidiario, por primera vez en su escrito de contestación a la demanda ante el Tribunal de Justicia. Anteriormente dicho Gobierno había defendido la tesis opuesta según la cual los *marchés de définition* no estaban comprendidos en el ámbito del procedimiento del diálogo competitivo y no estaban previstos por la Directiva. En efecto, esas mismas observaciones apuntaban numerosas diferencias entre los dos procedimientos. En cualquier caso, considero que esta alegación no redunda en interés de la posición defendida por el Gobierno francés. Basta indicar que los dos procedimientos se diferencian en aspectos importantes, en particular, porque el diálogo competitivo es un procedimiento para la adjudicación de un contrato único, mientras que el procedimiento para la adjudicación de los *marchés de définition* tiene por objetivo adjudicar dos contratos atribuyéndose el segundo mediante una competencia restringida a los titulares del contrato inicial.

3. Tratar a los operadores económicos en pié de igualdad, sin discriminaciones y actuando con transparencia

23. En cualquier caso, aun si tuviéramos que admitir que es posible en determinadas condiciones adaptar los procedimientos enumerados en el artículo 28 de la Directiva, teniendo en cuenta la naturaleza y el funcionamiento del procedimiento para la adjudicación de los *marchés de définition,* debe observarse que este procedimiento no está comprendido en el ámbito del artículo 28 de la Directiva sino que es contrario a los principios citados en el segundo considerando de la Directiva y en el artículo 2 de la Directiva. [14]

24. En contra de lo que afirma el Gobierno francés, considero que la Comisión sostiene acertadamente que es prácticamente imposible por definición conocer con precisión el objeto y los criterios de adjudicación de un contrato público *(marché d'exécution)* en un momento en que todavía no se ha definido el proyecto y en el que no se han ejecutado todavía los *marchés de définition*. Los *marchés de définition* y el *marché d'exécution* son dos tipos de contratos públicos totalmente distintos, lo que, parece que el Gobierno francés no ha discutido jamás. Cada uno tiene su propio objeto y criterios de adjudicación y, por ello, ambos contratos deben respetar lo dispuesto en la Directiva y no pueden adjudicarse mediante un procedimiento único. En otras palabras, dado que el *marché d'exécution* tiene su propio objeto y criterios de adjudicación debe estar abierto a la competencia y no únicamente reservado a los titulares de los *marchés de définition* iniciales.

14 — La doctrina legal francesa parece apoyar esta posición. Véase el más reciente ejemplo, P.-Y. Monjal, «Le droit communautaire applicable aux marchés publics locaux français: quelques interrogations en forme d'inquiétude», *Revue du Droit de l'Union européenne,* nº 4, 2008, pp. 729 a 738. Véase también, en un asunto sobre los *marchés de définition,* por ejemplo, la sentencia del Conseil d'Etat francés de 3 de marzo de 2004, Société Mak System, nº 258272.

25. En su sentencia de 14 de octubre de 2004, Comisión/Francia (Le Mans) [15] el Tribunal de Justicia declaró que «el Gobierno francés mantiene, no obstante, que la posibilidad, prevista en el anuncio […], de adjudicar el contrato correspondiente a la segunda fase al ganador del concurso de proyectos eximía a la entidad adjudicadora de la obligación de publicar de nuevo un anuncio con carácter previo a la adjudicación de este contrato». A continuación, el Tribunal de Justicia observó que «no puede admitirse el razonamiento anterior. En efecto, el principio de la igualdad de trato entre los diferentes prestadores de servicios […] y el principio de transparencia derivado del mismo […] *obligan a que el objeto de cada contrato, así como los criterios de adjudicación del mismo, estén claramente definidos».* [16]

26. En la misma sentencia, el Tribunal de Justicia continuó: «el motivo por el que se exige el cumplimiento de esta obligación consiste en que el objeto de un contrato y los criterios elegidos para su adjudicación son elementos decisivos a efectos de determinar cuál de los procedimientos previstos en la Directiva debe aplicarse y de evaluar el cumplimiento de las obligaciones inherentes al correspondiente procedimiento». Por ello, el Tribunal de Justicia concluyó que «en el presente caso, la mera posibilidad de adjudicar el contrato correspondiente a la segunda fase conforme a los criterios establecidos para otro contrato, el relativo a la primera fase, no equivale a su adjudicación conforme a uno de los procedimientos previstos en la Directiva».

15 — Sentencia C-340/02, Rec. p. I-9845, también denominada sentencia «La Chauvinière», apartados 33 a 36 y la jurisprudencia citada.

16 — El subrayado es mío.

27. En el presente caso, el Gobierno francés reconoció en su escrito de contestación a la demanda que en la sentencia antes citada «el Tribunal de Justicia se pronunció negativamente sobre un procedimiento análogo [al de los *marchés de définition]»*. A mi juicio, es evidente que, por regla general, los *marchés de définition* no permiten establecer desde el principio el objeto y los criterios de selección y de adjudicación del segundo contrato (es decir, del *marché d'exécution)* con suficiente precisión para satisfacer las exigencias definidas en la sentencia antes citada. La razón de ello es que el objetivo de los *marchés de définition* iniciales es justamente definir el objeto y las condiciones de adjudicación del *marché d'exécution* posterior.

28. Por consiguiente, el procedimiento para la adjudicación de los *marchés de définition,* con arreglo a las disposiciones controvertidas, es contrario al principio de transparencia establecido en el artículo 2 de la Directiva. Este procedimiento crea una situación de incertidumbre jurídica, tanto para los poderes adjudicadores como para los operadores económicos, debido al riesgo de litigio que conlleva.

29. El Gobierno francés rechaza la alegación del apartado 27 anterior y afirma que el objetivo de los *marchés de définition* es únicamente definir todas las especificaciones técnicas del contrato posterior y no su objeto. No obstante, basta manifestar que la propia redacción del artículo 73 del CMP 2006 no apoya esta tesis: su segundo apartado esta-

blece que «el fin de tales contratos es explorar las posibilidades y las condiciones para establecer un contrato posterior, en su caso, mediante la realización de una maqueta o de un demostrador». Además, aun cuando es posible que en determinadas situaciones los *marchés de définition* se limiten a definir las especificaciones técnicas, el procedimiento en cuestión permite ciertamente completar las condiciones de adjudicación del *marché d'exécution* e incluso definirlas en su totalidad.

30. Asimismo, el Gobierno francés insiste en que es posible establecer el objeto y los criterios del *marché d'exécution* posterior desde la convocatoria de los *marchés de définition*. Esta alegación se basa en que hay muchos casos en los que los criterios de selección de las candidaturas de los *marché d'exécution* son suficientemente independientes de los *marchés de définition* para que el *marché d'exécution* se defina en la fase del contrato de definición. El Gobierno francés aportó tres ejemplos de tales casos en sus observaciones al Tribunal de Justicia.

31. En cualquier caso, hay que indicar, en primer lugar, que el Gobierno francés ha admitido durante la vista que efectivamente se planteaban problemas, hay casos en que manifiestamente los *marchés de définition* no sirven únicamente para definir las especificaciones técnicas sino más bien se usan para completar o definir las condiciones de adjudicación del *marché d'exécution*. La Comisión aportó tres ejemplos de tales casos al Tribunal de Justicia. Considero que el Gobierno francés no ha acreditado que las disposiciones controvertidas permitan garantizar la transparencia y suficiente claridad en todos los casos y en cualquier momento, de modo que «el objeto del *[marché d'exécution],* así como los criterios de adjudicación del mismo, [estén] claramente definidos». [17] En cualquier caso, una mera definición general como «ordenación urbana del distrito X», que aparece muy a menudo como la única definición posible que puede darse en la fase de licitación de los *marchés de définition* no cumple ciertamente con las exigencias definidas por el Tribunal de Justicia en la sentencia Comisión/Francia (Le Mans). [18]

32. Por último y sobre todo, considero importante señalar que el procedimiento para la adjudicación de los *marchés de définition* está distorsionado. Mientras que todo el contenido de la Directiva pretende garantizar el fomento de la competencia entre los operadores económicos, los *marchés de définition* se dirigen únicamente a un tipo de operadores económicos, aquellos y exclusivamente aquellos que pueden encargarse a la vez de la concepción y de la construcción. Por su naturaleza, el procedimiento para la adjudicación de los *marchés de définition* realiza tal preselección entre todos los potenciales operadores económicos. Considero que eso es contrario al espíritu de las normas comunitarias en materia de contratación pública. Es

17 — Citada en la nota 15, apartado 34.

18 — Citada en la nota 15. Véase Arrowsmith, S., *The Law of Public and Utilities Procurement,* Thomson, Sweet & Maxwell, Londres, 2005, p. 448: «las Directivas actuales [...] no incluyen ninguna disposición expresa que imponga especificaciones precisas en los procedimientos abiertos o restringidos. No obstante, el principio de transparencia puede imponer tal regla. Por ejemplo, probablemente no es aceptable hacer una licitación para un "colegio" sin indicar claramente el número de alumnos y el tipo de instalaciones requeridas. Serán necesarias precisiones razonables más tarde en el momento de la licitación».

evidente, que cualquiera que sea la forma en que se desarrollen los *marchés de définition* en un caso concreto, la solución aportada por el procedimiento dará lugar a una licitación restringida.

33. De las consideraciones anteriores resulta que las disposiciones controvertidas permiten la adjudicación de contratos con una competencia limitada en situaciones no previstas por la Directiva y no pueden justificarse por ninguna de las excepciones establecidas por la Directiva.

IV. Costas

34. El Artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento establece que la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Dado que la Comisión ha solicitado la condena en costas de la República Francesa y que, deben desestimarse los motivos de esta última, procede condenarla a pagar las costas.

V. Conclusion

35. A la vista de las consideraciones expuestas propongo al Tribunal de Justicia que decida lo siguiente:

— Declarar que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2, 28 y 31 de 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, al adoptar y mantener vigentes los artículos 73 y 74-IV del code des marchés publics (Código de Contratación Pública), adoptado mediante el Decreto nº 2006-975, de 1 de agosto de 2006, en los que se establece un procedimiento para la adjudicación de contratos de definición de proyectos que permite que las entidades adjudicadoras adjudiquen un contrato de ejecución (de

servicios, suministros u obras) a uno de los titulares de los contratos de definición iniciales, previa licitación restringida a dichos titulares.

— Condenar en costas a la República Francesa.