SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL (Sala Quinta)

de 20 de mayo de 2010 *

En el asunto T-258/06,

República Federal de Alemania, representada por el Sr. M. Lumma y la Sra. C. Schulze-Bahr, en calidad de agentes,

parte demandante,

apoyada por

República Francesa, representada inicialmente por el Sr. G. de Bergues, posteriormente por los Sres. De Bergues y J.-C. Gracia, y finalmente por los Sres. De Bergues y J.-S. Pilczer, en calidad de agentes,

por

República de Austria, representada por el Sr. M. Fruhmann, la Sra. C. Pesendorfer y el Sr. C. Mayr, en calidad de agentes,

* Lengua de procedimiento: alemán.

por

República de Polonia, representada inicialmente por la Sra. E. Ośniecka-Tamecka, posteriormente por el Sr. T. Nowakowski, posteriormente por el Sr. M. Dowgielewicz, posteriormente por el Sr. M. Dowgielewicz y las Sras. K. Rokicka y K. Zawisza, y finalmente por el Sr. M. Szpunar, en calidad de agentes,

por

Reino de los Países Bajos, representado inicialmente por la Sra. H. Sevenster, posteriormente por la Sra. C. Wissels y el Sr. M. de Grave, y finalmente por la Sra. Wissels y los Sres. de Grave e Y. de Vries, en calidad de agentes,

por

Parlamento Europeo, representado por los Sres. U. Rösslein y J. Rodrigues, en calidad de agentes,

por

República Helénica, representada por las Sras. D. Tsagkaraki y M. Tassopoulou, en calidad de agentes,

y por

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, representado inicialmente por la Sra. Z. Bryanston-Cross, posteriormente por el Sr. L. Seeboruth, en calidad de agentes,

partes coadyuvantes en el asunto

contra

Comisión Europea, representada por los Sres. X. Lewis y B. Schima, en calidad de agentes,

parte demandada,

que tiene por objeto un recurso de anulación de la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (DO 2006, C 179, p. 2),

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Quinta),

integrado por el Sr. M. Vilaras, Presidente, y los Sres. M. Prek y V.M. Ciucă (Ponente), Jueces;

Secretaria: Sra. T. Weiler, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 29 de abril de 2009;

dicta la siguiente

Sentencia

Antecedentes de hecho

1 El 23 de junio de 2006, la Comisión Europea adoptó una comunicación interpretativa relativa al «Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública» (en lo sucesivo, «Comunicación»). En efecto, por lo que respecta a la adjudicación de contratos públicos, la Comunidad Europea adoptó en 2004 la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DO L 134, p. 1), y 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), que establecen disposiciones de aplicación en lo que atañe a los procedimientos de licitación de carácter competitivo (en lo sucesivo, conjuntamente, «Directivas sobre contratación pública»).

2 Sin embargo, algunos contratos no están comprendidos en el ámbito de dichas Directivas o sólo lo están parcialmente. Del texto de la Comunicación se desprende que afecta tanto a los contratos cuyo importe es inferior a los umbrales de aplicación de las Directivas sobre contratación pública como a los contratos contemplados en el anexo II B de la Directiva 2004/18 y en el anexo XVII B de la Directiva 2004/17, cuyo importe sobrepasa los umbrales de las Directivas sobre contratación pública (en lo sucesivo, «contratos II B»).

3 Además, la Comunicación recuerda que según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia las disposiciones sobre el mercado interior también se aplican a los contratos no comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública. En la Comunicación, la Comisión expone su interpretación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y propone lo que considera las mejores prácticas para ayudar a los Estados miembros a obtener el máximo beneficio del mercado interior. La Comunicación precisa, no obstante, que no crea disposiciones legislativas nuevas.

4 La Comunicación recuerda los criterios básicos aplicables a la adjudicación de contratos públicos, que resultan directamente de las normas y principios del Tratado CE, tal como fueron interpretados por el Tribunal de Justicia.

5 De este modo, Comunicación distingue los contratos públicos no pertinentes para el mercado interior, a los que no se aplican las normas que se desprenden del Tratado CE, de los contratos que presentan una relación suficientemente estrecha con el funcionamiento del mercado interior, que deben respetar dichas normas. El carácter pertinente de cada contrato público para el mercado interior debe evaluarse caso por caso por las entidades adjudicadoras. Si el examen del contrato público revela que éste tiene interés para el mercado interior, entonces la adjudicación deberá ajustarse a las normas fundamentales del Derecho comunitario.

6 El punto 2 de la Comunicación está dedicado a las normas fundamentales aplicables en la adjudicación de contratos que tienen interés para el mercado interior. En él la Comisión presenta, deduciéndola de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una obligación de transparencia que consiste en garantizar una publicidad adecuada que permita abrir el mercado a la competencia. La Comisión deduce de ello, en el punto 2.1.1. de la Comunicación, que la única manera de que se cumplan los requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia es publicando un anuncio suficientemente accesible antes de la adjudicación del contrato. En su punto 2.1.2., la Comunicación propone además un cierto número de formas de publicidad concretas que son adecuadas y utilizadas frecuentemente. A este respecto cita Internet, los boletines oficiales nacionales, los boletines nacionales especializados en la publicación de anuncios de contratos públicos, los diarios de difusión nacional o regional o las publicaciones especializadas, las publicaciones locales y el *Diario Oficial de la Unión Europea*/TED [accesible en Internet a través la base de datos de contratos públicos europeos TED (Tenders Electronic Daily)].

7 La Comunicación precisa, en el punto 2.2., que la adjudicación de contratos públicos deberá respetar las normas y principios del Tratado CE, lo que implica, en particular, el respeto de los principios de no discriminación y de transparencia. La mejor manera de conseguir un grado de publicidad adecuado que permita tanto la apertura del mercado a la competencia como el control de la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación es una descripción no discriminatoria del objeto del contrato, la igualdad de acceso para los operadores económicos de todos los Estados miembros, el reconocimiento mutuo de títulos, certificados y otros diplomas, los plazos adecuados y el planteamiento transparente y objetivo.

8 Por último la Comunicación señala, en su punto 2.3., la importancia de la protección jurídica que controle la imparcialidad del procedimiento.

Procedimiento

9 Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal el 12 de septiembre de 2006, la República Federal de Alemania interpuso el presente recurso.

10 El 19 de diciembre de 2006, la República Francesa presentó una demanda de intervención en apoyo de las pretensiones de la República Federal de Alemania. Mediante auto de 9 de marzo de 2007, el Presidente de la Sala Primera del Tribunal admitió dicha intervención. El 14 de junio de 2007, la República Francesa presentó su escrito de formalización de la intervención.

11 El 5 de enero de 2007, la República de Austria presentó una demanda de intervención en apoyo de las pretensiones de la República Federal de Alemania. Mediante auto de 9 de marzo de 2007, el Presidente de la Sala Primera del Tribunal admitió dicha intervención. El 14 de junio de 2007, la República de Austria presentó su escrito de formalización de la intervención.

12 El 10 de enero de 2007, la República de Polonia presentó una demanda de intervención en apoyo de las pretensiones de la República Federal de Alemania. Mediante auto de 9 de marzo de 2007, el Presidente de la Sala Primera del Tribunal admitió dicha intervención. El 12 de junio de 2007, la República de Polonia presentó su escrito de formalización de la intervención.

13 El 18 de enero de 2007, el Reino de los Países Bajos presentó una demanda de intervención en apoyo de las pretensiones de la República Federal de Alemania. Mediante auto de 9 de marzo de 2007, el Presidente de la Sala Primera del Tribunal admitió dicha intervención. El 13 de junio de 2007, el Reino de los Países Bajos presentó su escrito de formalización de la intervención.

14 El 22 de enero de 2007, el Parlamento Europeo presentó una demanda de intervención en apoyo de las pretensiones de la República Federal de Alemania. Mediante auto de

9 de marzo de 2007, el Presidente de la Sala Primera del Tribunal admitió dicha intervención. El 13 de junio de 2007, el Parlamento presentó su escrito de formalización de la intervención.

15 El 27 de marzo de 2007, la República Helénica presentó una demanda de intervención en apoyo de las pretensiones de la República Federal de Alemania. Mediante auto de 14 de mayo de 2007, el Presidente de la Sala Primera del Tribunal admitió dicha intervención y autorizó a la República Helénica a presentar sus observaciones en la fase oral, conforme al artículo 116, apartado 6, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal.

16 El 13 de agosto de 2007, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte presentó una demanda de intervención en apoyo de las pretensiones de la República Federal de Alemania. Mediante auto de 8 de octubre de 2007, el Presidente de la Sala Primera del Tribunal admitió dicha intervención y autorizó al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a presentar sus observaciones en la fase oral, conforme al artículo 116, apartado 6, del Reglamento de Procedimiento.

17 El 18 de septiembre de 2007, la Comisión presentó sus observaciones sobre los escritos de formalización de la intervención de la República Francesa, de la República de Austria, de la República de Polonia, del Reino de los Países Bajos y del Parlamento. La República Federal de Alemania no presentó observaciones sobre los escritos de formalización de la intervención.

18 Al modificarse la composición de las Salas del Tribunal a partir del 25 de septiembre de 2007, el Juez Ponente fue adscrito a la Sala Quinta, a la que se atribuyó en consecuencia el presente asunto.

19 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal (Sala Quinta) decidió iniciar la fase oral. En la vista de 29 de abril de 2009 se oyeron los informes orales de las partes y sus respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal. El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte no asistió a la vista.

Pretensiones de las partes

20 La República Federal de Alemania solicita al Tribunal que:

— Anule la Comunicación.

— Condene en costas a la Comisión Europea.

21 La República Francesa, la República de Austria y el Reino de los Países Bajos solicitan al Tribunal que:

— Anule la Comunicación.

— Condene en costas a la Comisión.

22 El Parlamento y la República de Polonia solicitan al Tribunal que anule la Comunicación.

23 La Comisión solicita al Tribunal que:

— Declare la inadmisibilidad del recurso.

— Condene en costas a la República Federal de Alemania.

Sobre la admisibilidad

A. *Observaciones preliminares*

24 Sin proponer una excepción de inadmisibilidad formal, la Comisión niega la admisibilidad del recurso por no ser la Comunicación un acto susceptible de recurso de anulación. Se trata de una Comunicación interpretativa que, por su forma, pertenece a la categoría de recomendaciones y dictámenes, actos que, según el Tratado CE, no son vinculantes. En consecuencia, la elección de esta forma jurídica conduce a la conclusión, de entrada, de que el acto no está destinado a producir efectos jurídicos vinculantes. La Comisión puntualiza que normalmente una comunicación interpretativa tiene como finalidad aclarar los derechos y deberes que se desprenden de la normativa comunitaria, habida cuenta, en su caso, de la jurisprudencia del Tribunal de

Justicia. De ello se deduce que una comunicación interpretativa, por su naturaleza, no es un acto que pueda producir efectos jurídicos vinculantes respeto de terceros ni es susceptible de recurso de anulación. La Comisión añade que del texto de la Comunicación se desprende que no pretendía establecer normas jurídicamente vinculantes, sino que, por el contrario, su formulación demuestra que la Comunicación reproduce la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o expone sus propias conclusiones sobre tal jurisprudencia mediante recomendaciones no vinculantes.

25 Es preciso recordar que, según reiterada jurisprudencia, el recurso de anulación puede interponerse en lo que respecta a todas las disposiciones adoptadas por las instituciones, cualesquiera que sean su naturaleza o su forma, destinadas a producir efectos jurídicos (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de marzo de 1997, Francia/Comisión, C-57/95, Rec. p. I-1627, apartado 7, y la jurisprudencia allí citada).

26 En el caso de autos, se trata de una comunicación adoptada por la Comisión y que fue íntegramente publicada en la serie C del Diario Oficial. De los autos se desprende que la finalidad de ese acto es dar a conocer el enfoque general de la Comisión sobre la aplicación del conjunto de normas fundamentales relativas a la adjudicación de contratos públicos, que resultan directamente de las normas y principios del Tratado CE, en particular los principios de no discriminación y de transparencia, a las adjudicaciones de contratos públicos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública.

27 Para determinar si la Comunicación está destinada a producir efectos jurídicos nuevos respecto de los que implica la aplicación de los principios fundamentales del Tratado CE, procede examinar su contenido (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 9 de octubre de 1990, Francia/Comisión, C-366/88, Rec. p. I-3571, apartado 11; de 13 de noviembre de 1991, Francia/Comisión, C-303/90, Rec. p. I-5315, apartado 10, y de 20 de marzo de 1997, Francia/Comisión, citada en el apartado 25 *supra,* apartado 9).

28 Por consiguiente, procede analizar si la Comunicación se limita a desarrollar las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, a la libertad de establecimiento, a la libre prestación de servicios, los principios de no discriminación, de igualdad de trato y de proporcionalidad y las reglas de transparencia y de reconocimiento mutuo aplicables a la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública, o si establece obligaciones específicas o nuevas en comparación con tales disposiciones, principios y reglas (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 1993, Francia/Comisión, C-325/91, Rec. p. I-3283, apartado 14, y de 20 de marzo de 1997, Francia/Comisión, citada en el apartado 25 *supra,* apartado 13).

29 Por tanto, el mero hecho de que, tal como alega la Comisión, una Comunicación interpretativa no se presente, por su forma, naturaleza o tenor, como un acto destinado a producir efectos jurídicos no es suficiente para concluir que no produce efectos jurídicos vinculantes.

30 No obstante, la República Federal de Alemania admite que existen comunicaciones de la Comisión de carácter no vinculante que han sido publicadas. En el caso de autos considera sin embargo que no puede ignorarse la publicación de la Comunicación para apreciar sus efectos jurídicos. En efecto, la publicación es un requisito necesario para que exista una norma jurídica y la Comunicación está concebida para producir un efecto externo, como una norma jurídica.

31 A este respecto, tal como se ha señalado anteriormente, si el examen del contenido de la Comunicación revela que establece obligaciones específicas o nuevas, el recurso deberá considerarse admisible, sin que sea necesario verificar si la Comunicación se publicó. En cambio, si no existen tales obligaciones, la mera publicación de la Comunicación no es suficiente para concluir que constituye un acto susceptible de recurso de anulación.

B. *Sobre el contenido de la Comunicación*

32 La República Federal de Alemania, apoyada por las partes coadyuvantes, alega en apoyo de su recurso, en sustancia, que la Comunicación es un acto vinculante ya que contiene nuevas normas de contratación pública que sobrepasan las obligaciones derivadas del Derecho comunitario vigente y producen efectos jurídicos para los Estados miembros, lo que implica, en consecuencia, la incompetencia de la Comisión para adoptarla.

33 A este respecto, la República Federal de Alemania y las partes coadyuvantes sostienen, en sustancia, en primer lugar, que la Comunicación establece, concretamente en su punto 2.1., por lo que respecta a los contratos públicos que tienen un importe inferior a los umbrales de las Directivas sobre contratación pública y a los contratos II B, una obligación de publicidad previa (*ex ante*) no prevista por los principios fundamentales del Tratado CE, tal como han sido interpretados por el Tribunal de Justicia. En segundo lugar, la República Federal de Alemania afirma que las obligaciones derivadas del punto 2.2. de la Comunicación van claramente más allá de lo establecido por el Tribunal de Justicia en su interpretación de los principios fundamentales del Tratado CE. En tercer lugar, la República Federal de Alemania se prevale de la extensión pura y simple de las exenciones que las Directivas sobre contratación pública prevén para la adjudicación de común acuerdo de contratos públicos a los contratos no comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública, tal como aparece en el punto 2.1.4. de la Comunicación. Por último, la República Federal de Alemania alega que el punto 1.3 de la Comunicación, que prevé el inicio de un procedimiento por infracción en virtud del artículo 226 CE en caso de incumplimiento de la Comunicación, tiene efectos jurídicos. Según la República Federal de Alemania y las partes coadyuvantes, todos esos elementos conducen a la conclusión de que la Comunicación está destinada a producir efectos jurídicos.

1. *Sobre el primer motivo, basado en la existencia de una obligación de publicidad previa (punto 2.1.1. de la Comunicación)*

a) Alegaciones de las partes

República Federal de Alemania

34 La República Federal de Alemania sostiene que la Comunicación prevé, concretamente en su punto 2.1.1., una obligación de principio, a cargo de los Estados miembros, de publicar de antemano todos los contratos que pretenden celebrar y, en consecuencia, también los contratos públicos de importe inferior a los umbrales de las Directivas sobre contratación pública y los contratos II B. Ahora bien, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que sirve de base a la Comunicación no puede deducirse una obligación de publicidad previa y, consiguientemente, de transparencia *ex ante*. Por tanto, ni de los principios fundamentales del Tratado CE ni de su interpretación por el Tribunal de Justicia, se desprende una obligación *ex ante.*

35 Sobre este aspecto, la República Federal de Alemania añadió en su informe oral que pese a que algunas sentencias del Tribunal de Justicia posteriores a la adopción de la Comunicación señalan una obligación de publicidad previa, tal evolución jurisprudencial no puede, con carácter retroactivo, servir de base a dicha obligación.

36 Según la República Federal de Alemania, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que sirve de base a la Comunicación, y concretamente las sentencias de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress (C-324/98, Rec. p. I-10745; en lo sucesivo,

«sentencia Telaustria»); de 21 de julio de 2005, Coname (C-231/03, Rec. p. I-7287), y de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen (C-458/03, p. I-8585), se aplican únicamente a las concesiones de servicios, ámbito no cubierto por la Comunicación.

37 La República Federal de Alemana añade que las concesiones de servicios se diferencian de los contratos públicos inferiores a los umbrales anteriormente referidos por su trascendencia económica, que generalmente supera los umbrales europeos, acercándolas de ese modo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública. Por tanto, la obligación de transparencia puede ser adecuada en materia de concesión de servicios, pero no para los contratos objeto de la Comunicación. En consecuencia, según la República Federal de Alemania, la jurisprudencia sobre concesiones de servicios no puede aplicarse directamente a los contratos que no alcanzan los umbrales.

38 Por otra parte, la República Federal de Alemania alega que las otras dos resoluciones citadas en la Comunicación, referentes a contratos que no alcanzan los umbrales (auto del Tribunal de Justicia de 3 de diciembre de 2001, Vestergaard, C-59/00, Rec. p. I-9505, y sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de octubre de 2005, Comisión/Francia, C-264/03, Rec. p. I-8831), tampoco pueden servir de base a la obligación de publicidad previa. Según la República Federal de Alemania, en ninguna de las resoluciones se pronunció el Tribunal de Justicia sobre una obligación de transparencia, sino que se limitó a declarar aplicable al asunto el principio de no discriminación (auto Vestergaard, antes citado, apartados 20 y 24, y sentencia Comisión/Francia, antes citada, apartados 32 y 33). Por tanto, la obligación de transparencia *ex ante* no puede aplicarse a los contratos objeto de la Comunicación.

39 La República Federal de Alemania considera en todo caso que los contratos públicos inferiores a los umbrales presentan, en general, una trascendencia económica muy reducida y, por tanto, no menoscaban las libertades fundamentales de que se trata, ya que sus efectos sobre estas últimas son más bien aleatorios e indirectos (sentencia Coname, citada en el apartado 36 *supra,* apartado 20). Confirman esta tesis las conclusiones de la Abogado General Sharpston en el asunto en que recayó la sentencia

del Tribunal de Justicia de 26 de abril de 2007, Comisión/Finlandia (C-195/04, Rec. p. I-3351, I-3353, puntos 83 y 85).

40 La República Federal de Alemania añade que la Comunicación va más allá de la normativa existente para los contratos II B, pues tales contratos presentan, en general, particularidades locales y tienen un potencial reducido para los mercados transfronterizos, lo que explica que el legislador comunitario sólo les imponga una obligación de transparencia *ex post,* y no *ex ante,* como hace la Comunicación.

41 La República Federal de Alemania añade que la obligación de publicidad previa de la adjudicación de contratos sólo puede ser acertada y eficaz si sus modalidades sirven para alcanzar el objetivo de abrir los mercados. No sucede así cuando existen muy pocos o ningún licitador extranjero que pueda tener interés en los contratos en cuestión, como ocurre con los contratos cubiertos por la Comunicación. A este respecto, el Tribunal de Justicia recordó en su sentencia Coname, citada en el apartado 36 *supra,* que existen contratos cuyos efectos sobre los principios fundamentales de que se trata del Tratado CE son demasiado aleatorios y demasiado indirectos para poder apreciar una eventual vulneración de los mismos. El punto 1.3. de la Comunicación revela que la Comisión es consciente de que la escasa trascendencia económica de algunos contratos los hace poco atractivos para las empresas extranjeras, lo que justifica en tales casos la falta de obligación de publicidad previa.

42 Según la República Federal de Alemania, el legislador comunitario, al fijar umbrales de aplicación de las Directivas sobre contratación pública, previó expresamente que por debajo de esos valores, en principio, se debía presumir que los efectos en el mercado interior son más bien «aleatorios o indirectos», y concluir, en consecuencia, que los licitadores extranjeros carecían de interés. La Comisión debería respetar esa consideración del legislador. Añade que la Abogado General Sharpston comparte esa misma tesis en sus conclusiones en el asunto en que recayó la sentencia Comisión/Finlandia,

citada en el apartado 39 *supra* (puntos 85 y 96). Además, según la República Federal de Alemania, no puede exigirse razonablemente a los órganos de contratación que examinen en cada caso la pertinencia de un contrato público respecto del mercado interior, tal como está previsto en el punto 1.3. de la Comunicación, sino que, por el contrario, dichos órganos de contratación deberían poder constatar rápidamente las obligaciones de transparencia que les incumben. La República Federal de Alemania añadió en la vista que el enfoque concreto e individual adoptado por el punto 1.3. de la Comunicación es contrario a la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 2008, SECAP (C-147/06 y C-148/06, Rec. p. I-3565), en la que el Tribunal de Justicia autorizó una definición abstracta y general de la pertinencia de un contrato público para el mercado interior.

43 La República Federal de Alemania añade que tampoco puede exigirse a los órganos de contratación que examinen en cada caso concreto si un contrato II B o un contrato inferior al umbral es pertinente para el mercado interior. En efecto, el principio de seguridad jurídica exige que las autoridades nacionales puedan conocer rápidamente las obligaciones de publicidad que se aplican. A ese principio responden los umbrales fijados y la lista de contratos II B.

44 La República Federal de Alemania sostiene a continuación que la obligación de publicidad previa prevista por la Comunicación va más allá de la prohibición de incurrir en discriminaciones durante el procedimiento de contratación pública (por ejemplo, dando preferencia a los licitadores alemanes sobre los licitadores extranjeros). Aquella obligación conlleva una obligación de actuar impuesta a los órganos de contratación con el fin de permitir e incentivar las ofertas transfronterizas.

45 Según la República Federal de Alemania, la publicidad considerada necesaria por la Comunicación se aproxima a lo previsto por las Directivas sobre contratación pública y resulta larga y costosa. Basándose en las conclusiones de la Abogado General Sharpston en el asunto en que se dictó la sentencia Comisión/Finlandia, citada en el apartado 39 *supra,* la República Federal de Alemania considera que corresponde a los Estados miembros determinar las modalidades del principio de transparencia.

Asimismo, del punto 98 de las conclusiones de la Abogado general Sharpston en el asunto en que se dictó la sentencia Comisión/Finlandia, citada en el apartado 39 *supra,* se deduce que corresponde al Derecho nacional determinar lo que constituye un grado de publicidad adecuado para los contratos de escaso importe.

46 Sobre este aspecto, la República Federal de Alemania precisó, en la vista, que se oponía en particular a la obligación de las entidades adjudicadoras de elegir el soporte más adecuado para garantizar la publicidad de sus contratos, tal como está prevista en el primer apartado del punto 2.1.2. de la Comunicación. Al referirse a cada órgano de contratación, la Comisión adopta un enfoque concreto e individual, que no se deduce de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. A este respecto, la República Federal de Alemania añadió que no se oponía al catálogo indicativo de las formas de publicidad adecuada que aparece en el punto 2.1.2 de la Comunicación.

47 En consecuencia, la República Federal de Alemania considera que los contratos objeto de la Comunicación no están sujetos en particular a ninguna obligación general de transparencia que se derive del Derecho comunitario. Por tanto, la obligación de publicidad previa derivada de la Comunicación va sensiblemente más allá de la interpretación de los principios fundamentales del Tratado CE elaborada por el Tribunal de Justicia.

Partes coadyuvantes

48 Según la República Francesa, procede examinar si la Comunicación se limita a desarrollar las normas y principios del Tratado CE relativos a la contratación pública o si establece obligaciones nuevas respecto de dichas normas y principios. Pues bien, la Comunicación amplía el Derecho existente.

49 A este respecto, la República Francesa alega concretamente que, en el auto Vestergaard, citado en el apartado 38 *supra,* el Tribunal de Justicia no impuso ninguna obligación general de garantizar una publicidad adecuada para los contratos inferiores a los umbrales, sino que dicho auto versa sobre la aplicación del principio de no discriminación y no sobre la obligación de transparencia. El Tribunal de Justicia consideró, en el apartado 20 del auto Vestergaard, citado en el apartado 38 *supra,* que aunque algunos contratos están fuera del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratación pública, los órganos de contratación que los celebran están obligados a respetar las normas fundamentales del Tratado CE, y a continuación dedujo de ello que el artículo 28 CE se opone a que un órgano de contratación introduzca en el pliego de condiciones de un contrato una cláusula que exija, para la ejecución de dicho contrato, la utilización de un producto de una determinada marca, sin añadir la mención «o equivalente» (auto Vestergaard, citado en el apartado 38 *supra,* apartado 24).

50 Por lo que respecta a los contratos inferiores a los umbrales, tampoco de la sentencia Comisión/Francia, citada en el apartado 38 *supra,* se deduce tal obligación general de publicidad adecuada. En efecto, en el apartado 32 de esa sentencia, el Tribunal de Justicia consideró que pese a que determinados contratos no estén comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratación pública, las entidades adjudicadoras que los celebren están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado CE y, en particular, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. Pero, según el Tribunal de Justicia, de ello se deduce únicamente que la disposición francesa controvertida constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios en el sentido del artículo 49 CE en la medida en que reserva la función de representación del titular de la obra a una enumeración taxativa de personas jurídicas francesas (sentencia Comisión/Francia, citada en el apartado 38 *supra,* apartado 68).

51 La República Francesa añade que si el Tribunal de Justicia se refirió en la sentencia Telaustria, citada en el apartado 36 *supra,* a una obligación de publicidad adecuada es porque se trataba de una concesión de gran valor económico. Confirma esa conclusión la sentencia Coname, citada en el apartado 36 *supra,* que, *a contrario,* se refiere a concesiones con escasa trascendencia económica.

52 En todo caso, la República Francesa alega que si se considera que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta una obligación de publicidad adecuada, ésta no puede consistir en modo alguno en una obligación de publicación previa tal como viene impuesta en el punto 2.1.1. de la Comunicación.

53 La República Francesa añade que de las conclusiones de los Abogados Generales Sharpston en el asunto en que se dictó la sentencia Comisión/Finlandia, citada en el apartado 39 *supra,* y Fennelly en asunto en que se dictó la sentencia Telaustria, citada en el apartado 36 *supra* (Rec. p. I-10747), se desprende que la obligación de transparencia no implica una obligación de publicación, tal como prevé el punto 2.1.2. de la Comunicación.

54 Por lo que respecta a los contratos II B, la República Francesa estima que los considerandos décimo octavo y décimo noveno de la Directiva 2004/18 clarifican la decisión del Consejo de no imponer a éstos una obligación de publicidad previa. De tales considerandos se deduce que los contratos II B no están sujetos a la aplicación íntegra de la Directiva, es decir, concretamente a una obligación de publicidad previa, sino que son objeto de una vigilancia cuyo mecanismo debería permitir a los interesados el acceso a la información en la materia.

55 Por tanto, la República Francesa considera que el Consejo, en la Directiva 2004/18, quiso claramente someter a los contratos II B, en materia de publicidad, a un régimen específico y completo que constituye un régimen de contratación pública simplificado.

56 La República de Austria también considera que la Comunicación es un acto que produce efectos jurídicos por la introducción de una obligación general de publicidad *ex ante* que no resulta ni del Tratado CE ni de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

57 A este respecto, la República de Austria añade a la argumentación de la República Federal de Alemania que las respectivas conclusiones de las Abogados Generales

Stix-Hackl y Sharpston en los asuntos en que se dictaron las sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 2007, Comisión/Irlanda (C-507/03, Rec. p. I-9777, I-9780), y Comisión/Finlandia, citada en el apartado 39 *supra,* ponen de manifiesto que la situación jurídica es difusa y controvertida en lo relativo a la aplicación de la obligación de transparencia a la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública. Mientras que la Abogado General Stix-Hackl concluyó que la adjudicación de contratos de servicios no prioritarios requería, al menos como regla, la publicación de un anuncio, la Abogado General Sharpston, por su parte, niega la existencia de una obligación general de transparencia *ex ante* para los contratos cuyo valor sea inferior a los umbrales. En el momento de adoptarse la Comunicación, el Tribunal de Justicia todavía no había resuelto esos dos asuntos. En consecuencia, cuando la Comisión, en su Comunicación, impone una obligación de publicidad previa para todas las adjudicaciones de contratos de ese tipo (es decir, tanto para los servicios no prioritarios como para los contratos de escaso importe), crea nuevos efectos jurídicos.

58 La República de Austria sostuvo en la vista que las obligaciones impuestas a los órganos de contratación por los puntos 1.3. y 2.1.2. de la Comunicación son contrarias a la sentencia SECAP, citada en el apartado 42 *supra,* porque la Comunicación no tuvo en cuenta la capacidad de la entidad adjudicadora, tal como prevé el apartado 32 de dicha sentencia.

59 La República de Austria también considera que ni el grado de publicidad adecuado que permite una apertura del mercado de los servicios a la competencia ni el control de la imparcialidad de los procedimientos de contratación pública, tal como se deducen de la sentencia Telaustria, citada en el apartado 36 *supra,* implican necesariamente una publicación previa. En efecto, de los trabajos de revisión en curso de las Directivas sobre recursos en materia de contratación pública (véase el documento 2006/0066/COD y los nuevos artículos en él propuestos 2 *quinquies* a 2 *septies* de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras [DO L 395, p. 33]) se desprende que una tutela judicial *a posteriori* —sin publicidad previa del contrato— también permitiría un control efectivo de la imparcialidad de un procedimiento de contratación pública.

60 Además, pese a la falta de simetría perfecta, fáctica y jurídica, entre el Derecho sobre contratos públicos y el de ayudas de Estado, la República de Austria invoca la regla *de minimis* aplicable en el Derecho sobre ayudas de Estado, según la cual las ayudas inferiores a ciertos umbrales no pueden afectar sensiblemente a los intercambios entre Estados miembros y no falsean ni amenazan con falsear la competencia. Según la República de Austria, cuando se comparan los dos supuestos no parece ilógico partir del principio de que los contratos públicos inferiores a los umbrales carecen, para el mercado interior, de la pertinencia que justificaría la necesidad de una obligación de publicidad previa con el fin de abrir la competencia. En efecto, las ayudas benefician directamente a las empresas, mientras que los umbrales aplicables en materia de contratos públicos están en función del importe del contrato y la ganancia (que puede, en este sentido, compararse con una ayuda) obtenida en tal caso por la empresa sólo representa una pequeña fracción de dicho importe.

61 Por último, la República de Austria se apoya en el décimo noveno considerando de la Directiva 2004/18, que según ella sugiere implícitamente que el legislador comunitario no consideró necesario que los contratos de servicios no prioritarios (contratos II B) dieran lugar a la utilización de todas las posibilidades de incrementar los intercambios transfronterizos. El único motivo que puede justificar tal diferencia de trato es que dichos contratos, exentos de la aplicación íntegra de la Directiva, no se consideran suficientemente pertinentes respecto del mercado interior como para justificar la utilización de todas las posibilidades para incrementar los intercambios transfronterizos, lo que implicaría una obligación general de publicidad previa de los anuncios de contratos.

62 El Reino de los Países Bajos alega que la interpretación dada por la Comisión al Derecho comunitario va más allá de la jurisprudencia y crea un régimen jurídico completo que impone a los Estados miembros una obligación de transparencia previa para todos los contratos públicos objeto de la Comunicación, mientras que el Tribunal de Justicia aún no se ha pronunciado sobre esa cuestión.

63 El Reino de los Países Bajos añade, remitiéndose al principio de seguridad jurídica, que la cuestión de si la Comunicación crea obligaciones nuevas debe juzgarse sobre la base de la jurisprudencia conocida en el momento de adopción de la Comunicación. De la jurisprudencia posterior se deduce que la Comunicación se adelanta manifiestamente a la evolución de la jurisprudencia.

Comisión

64 Por lo que respecta al contenido concreto de la Comunicación y a los elementos de carácter legislativo invocados por la República Federal de Alemania, a saber, básicamente, haber ignorado el umbral de aplicación de las Directivas sobre contratación pública y haber impuesto una obligación de publicidad previa, la Comisión niega que tales elementos de la Comunicación establezcan normas jurídicas nuevas. Se limitan, de conformidad con el artículo 211 CE, a desarrollar las disposiciones y los principios del Tratado CE, tal como fueron interpretados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

65 La Comisión rebate la afirmación de la República Federal de Alemania y de las partes coadyuvantes según la cual la Comunicación ignora la decisión del legislador de establecer normas sobre publicidad sólo para los contratos públicos que alcanzan determinados umbrales. A este respecto, la Comisión alega que si bien el legislador sólo consideró necesario establecer normas detalladas cuando se alcanzaban los umbrales de aplicación de las Directivas, por debajo de esos umbrales consideró suficiente la aplicación de las disposiciones y principios del Tratado CE. Sin embargo, el legislador no quiso —ni pudo— excluir, por medio de las Directivas, la aplicación de dichas disposiciones y principios del Tratado CE a los contratos públicos por debajo del umbral.

66 Ello se deduce de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y más concretamente de las sentencias Telaustria, citada en el apartado 36 *supra,* y Comisión/Francia, citada en el apartado 38 *supra.* Según la Comisión, en su sentencia Telaustria, citada en el apartado 36 *supra,* el Tribunal de Justicia declaró que las entidades adjudicadoras que celebren contratos no comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (sentencia Telaustria, citada en el apartado 36 *supra,* apartado 60). Confirma este razonamiento, en efecto, el apartado 33 de la sentencia Comisión/Francia, citada en el apartado 38 *supra.* Del mismo modo, en la sentencia Coname, citada en el apartado 36 *supra,* el Tribunal de Justicia afirmó que los contratos no comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva, como los contratos de concesión, están sujetos a las normas generales del Tratado CE. En la adopción de las Directivas sobre contratación pública el legislador europeo tuvo en cuenta esa jurisprudencia en el noveno considerando de la Directiva 2004/17.

67 Según la Comisión, el Tribunal de Justicia también otorgó un contenido concreto a la obligación de transparencia al afirmar que las empresas establecidas en otro Estado miembro debían tener acceso a una información adecuada sobre un contrato antes de que se adjudicara, de forma que pudieran, en su caso, manifestar su interés por su obtención (sentencia Coname, citada en el apartado 36 *supra,* apartado 21).

b) Apreciación del Tribunal

68 La República Federal de Alemania y las partes coadyuvantes alegan que el punto 2.1.1. de la Comunicación introduce una obligación de principio, a cargo de los Estados miembros, de publicar previamente todos los contratos que pretenden celebrar, lo que según ellas constituye una obligación nueva respecto de los principios del Tratado CE.

69 Por lo que respecta a las normas y principios del Tratado CE (punto 1.1. de la Comunicación) aplicables a la adjudicación de un contrato público que presenta interés para el mercado interior, la Comunicación establece, en su punto 2.1., las normas fundamentales aplicables en materia de publicidad. A este respecto, el punto 2.1.1. lleva como título «Obligación de garantizar una publicidad adecuada», y establece lo siguiente:

«Según el [Tribunal de Justicia], los principios de igualdad de trato y de no discriminación implican una obligación de transparencia que consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado.

La obligación de transparencia exige que las empresas establecidas en otro Estado miembro tengan acceso a una información adecuada sobre dicho contrato antes de su adjudicación, de forma que, si lo desean, estén en condiciones de manifestar su interés por obtener ese contrato.

A juicio de la Comisión, la práctica de ponerse en contacto con varios licitadores potenciales sería insuficiente en este sentido, incluso aunque la entidad adjudicadora incluya empresas de otros Estados miembros o intente ponerse en contacto con todos los posibles proveedores. Este planteamiento selectivo no permite excluir la discriminación de licitadores potenciales de otros Estados miembros, en especial los recién llegados al mercado. Lo mismo ocurre con todas las formas de publicidad "pasiva", en las que una entidad adjudicadora no realiza publicidad activa pero contesta a las peticiones de información de los interesados que han descubierto por sus propios medios la adjudicación de contrato prevista. Una simple referencia a información en los medios de comunicación, debates parlamentarios o políticos o eventos como congresos tampoco constituiría una publicidad adecuada.

Por tanto, la única manera de que los requisitos establecidos por el [Tribunal de Justicia] se puedan cumplir es publicando un anuncio suficientemente accesible antes de la adjudicación del contrato. Este anuncio debe publicarlo la entidad adjudicadora al objeto de abrir la adjudicación del contrato a la competencia.»

70 Los dos primeros apartados del punto 2.1.1. de la Comunicación recogen la jurisprudencia del Tribunal de Justicia contenida en las sentencias Telaustria, Coname y Parking Brixen, citadas en el apartado 36 *supra,* y ni la República Federal de Alemania ni ninguna de las partes coadyuvantes los rebaten. El tercer apartado del punto 2.1.1. de la Comunicación tampoco fue rebatido durante la fase escrita del procedimiento. En el último apartado de su punto 2.1.1., la Comisión declara la obligación de garantizar una publicidad adecuada consistente en la difusión de una publicidad suficientemente accesible antes de la adjudicación de un contrato.

71 La República Federal de Alemania alega, apoyada por las partes coadyuvantes, en sustancia, que ese punto de la Comunicación establece, para los contratos públicos comprendidos en su ámbito de aplicación, una obligación de publicidad previa que no se deduce en absoluto de los principios y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia enunciada en ese mismo punto. Constituye, por tanto, una obligación nueva que confiere a la Comunicación en cuestión el carácter de acto que produce efectos jurídicos vinculantes, susceptible de recurso de anulación.

72 Por tanto, procede examinar si la Comunicación se limita a desarrollar dicha obligación, derivada, para los Estados miembros, de los principios fundamentales del Tratado CE, o si establece obligaciones nuevas, tal como sostienen la República Federal de Alemania y las partes coadyuvantes.

73 A este respecto, procede señalar que los procedimientos especiales y rigurosos previstos en las Directivas comunitarias sobre coordinación de los procedimientos de

adjudicación de los contratos públicos se aplican únicamente a aquellos contratos cuyo valor sobrepase un determinado umbral previsto expresamente en cada una de ellas (auto Vestergaard, citado en el apartado 38 *supra,* apartado 19, y sentencia Comisión/Francia, citada en el apartado 38 *supra,* apartado 33). Por tanto, las normas de esas Directivas no se aplican a los contratos cuyo importe no alcanza el umbral fijado en ellas.

74 Sin embargo, ello no significa que esos últimos contratos estén excluidos del ámbito de aplicación del Derecho comunitario (auto Vestergaard, citado en el apartado 38 *supra,* apartado 19). En efecto, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en lo relativo a la adjudicación de contratos públicos que, habida cuenta de su valor, no están sujetos a los procedimientos previstos por la normativa comunitaria, las entidades adjudicadoras están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado CE en general (auto Vestergaard, citado en el apartado 38 *supra,* apartado 20, y sentencia Comisión/Francia, citada en el apartado 38 *supra,* apartado 32) y el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad en particular (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S, C-275/98, Rec. p. I-8291, apartado 29; Telaustria, citada en el apartado 36 *supra,* apartado 62; Coname, citada en el apartado 36 *supra,* apartado 16; Parking Brixen, citada en el apartado 36 *supra,* apartado 46, y de 6 de abril de 2006, ANAV, C-410/04, Rec. p. I-3303, apartado 18).

75 Ello queda confirmado además tanto por el noveno considerando de la Directiva 2004/17, en virtud del cual, «para los contratos públicos cuyo importe sea inferior al que hace necesaria la aplicación de las disposiciones sobre coordinación comunitaria, conviene recordar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia conforme a la cual son aplicables las normas y principios del Tratado [a saber, el principio de igualdad de trato, del que el principio de no discriminación no es sino una expresión particular, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y la obligación de transparencia]», como por los considerandos primero y segundo de la Directiva 2004/18, que se refieren a la aplicación de esos mismos principios a toda la contratación pública en los Estados miembros, supere o no los umbrales.

76 Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican, en particular, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una obligación de transparencia que permite que la autoridad pública concedente se asegure de que tales principios son respetados (sentencias del Tribunal de Justicia Unitron Scandinavia y 3-S, citada en el apartado 74 *supra,* apartado 31; Telaustria, citada en el apartado 36 *supra,* apartado 61; de 18 de junio de 2002, HI, C-92/00, Rec. p. I-5553, apartado 45; Parking Brixen, citada en el apartado 36 *supra,* apartado 49, y ANAV, citada en el apartado 74 *supra,* apartado 21), y tanto el noveno considerando de la Directiva 2004/17 como el segundo considerando de la Directiva 2004/18 confirman tal obligación. De ello se deduce que tanto los Estados miembros como sus entidades adjudicadoras deben respetar, en toda la contratación pública, dicha obligación de transparencia, tal como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia.

77 El Tribunal de Justicia precisó a continuación que esa obligación de transparencia que recae sobre la entidad adjudicadora consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (sentencias Telaustria, citada en el apartado 36 *supra,* apartado 62; Parking Brixen, citada en el apartado 36 *supra,* apartado 49, y ANAV, citada en el apartado 74 *supra,* apartado 21).

78 Según el Tribunal de Justicia, la obligación de transparencia que recae en los órganos de contratación implica, en particular, la necesidad de que una empresa establecida en otro Estado miembro distinto del que se trata pueda tener acceso a una información adecuada sobre el contrato público en cuestión antes de su adjudicación, de forma que, de haberlo deseado, esté en condiciones de manifestar su interés por obtener dicha concesión (véase, en este sentido, la sentencia Coname, citada en el apartado 36 *supra,* apartado 21).

79 De esa jurisprudencia se deduce que la obligación de transparencia en el sentido de una publicidad adecuada comprende una forma de publicidad anterior a la adjudicación del contrato público de que se trata, en otras palabras, una publicidad previa. En consecuencia, en contra de la argumentación de la República Federal de Alemania

y de las partes coadyuvantes, la Comunicación, al referirse a una «publicidad suficientemente accesible antes de la adjudicación del contrato», no creó una obligación nueva a cargo de los Estados miembros, sino que se limitó a recordar una obligación existente derivada del Derecho comunitario aplicable a los contratos públicos a los que afecta la Comunicación, tal como ha sido interpretada por el Juez comunitario.

80 Ello queda además confirmado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia posterior a la publicación de la Comunicación, tal como reconoció la República Federal de Alemania en la vista. En efecto, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, por una parte, las obligaciones derivadas del Derecho originario y relativas a la igualdad de trato y a la transparencia se aplican de pleno derecho a los contratos que, sin embargo, están excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública y presentan un interés transfronterizo cierto [véase, en este sentido, por lo que respecta a 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 a un contrato por un importe inferior al umbral de dicha Directiva, la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de junio de 2007, Medipac-Kazantzidis, C-6/05, Rec. p. I-4557, apartado 33; por lo que respecta a 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 (DO L 209, p. 1) y a un contrato II B, la sentencia Comisión/Irlanda, citada en el apartado 57 *supra,* apartados 30, 31 y 32, y, por lo que respecta a las Directivas 92/50, 93/36, 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. 54), y 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), y la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 2008, Comisión/Italia, C-412/04, Rec. p. I-619, apartados 66, 81 y 82]. Por otra parte, según el Tribunal de Justicia, una publicidad *ex post* no puede garantizar una publicidad adecuada en el sentido de la jurisprudencia Telaustria y Coname, citadas en el apartado 36 *supra,* lo que significa que la obligación de transparencia derivada de los principios del Tratado CE implica que el anuncio de licitación debe ser publicado previamente, con anterioridad a la adjudicación (sentencia Comisión/Irlanda, citada en el apartado 57 *supra,* apartados 30 y 32).

81 Las distintas alegaciones de la República Federal de Alemania y de las partes coadyuvantes no pueden cuestionar la afirmación de que la obligación de publicidad previa

establecida en el punto 2.1.1. de la Comunicación no va más allá de la interpretación de los principios fundamentales del Tratado CE elaborada por el Tribunal de Justicia.

82 En primer lugar, la República Federal de Alemania alega, en sustancia, que las sentencias Telaustria, Coname y Parking Brixen, citadas en el apartado 36 *supra,* se refieren a contratos públicos relativos a concesiones de servicios, que, aunque no están comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública, por su importe son comparables a los contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de dichas Directivas y, en consecuencia, la jurisprudencia derivada de dichas sentencias no es aplicable a los contratos públicos a los que afecta la Comunicación.

83 A este respecto, es preciso recordar que de la jurisprudencia en que se apoya la República Federal de Alemania para sostener sus alegaciones se desprende que el Tribunal de Justicia ya declaró, en relación con los contratos de concesión, que aunque la adjudicación de una concesión no se rige por ninguna de las Directivas sobre contratación pública, tales contratos están sujetos a las normas generales del Tratado CE (véase, en este sentido, la sentencia Coname, citada en el apartado 36 *supra,* apartado 16, corroborada por la sentencia Comisión/Francia, citada en el apartado 38 *supra,* apartado 33). También procede señalar que, según esta jurisprudencia, la obligación de transparencia deriva directamente de las normas generales de dicho Tratado y, en particular, del principio de igualdad de trato y de no discriminación (sentencias Telaustria, citada en el apartado 36 *supra,* apartado 61, y Parking Brixen, citada en el apartado 36 *supra,* apartado 49) y que dicha obligación de transparencia implica una obligación de publicidad previa (véase, en este sentido, la sentencia Coname, citada en el apartado 36 *supra,* apartado 21). En cambio, el hecho de que los contratos de que se trataba en dichos asuntos fueran, desde el punto de vista de su importe, comparables a los contratos públicos a los que se aplican las Directivas sobre contratación pública en ningún momento se aduce en esas sentencias para justificar la obligación de una publicidad adecuada y, en particular, previa. De ello se deduce que, en contra de lo que sostiene la República Federal de Alemania, dicha jurisprudencia es aplicable a los contratos públicos a los que afecta la Comunicación, a los que también se aplican, tal como ya se ha señalado, el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia derivada de él.

84 A mayor abundamiento, procede señalar que ello viene corroborado además por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia posterior a la publicación de la Comunicación. En efecto, en el apartado 33 de la sentencia Medipac-Kazantzidis, citada en el apartado 80 *supra,* el Tribunal de Justicia se refirió, a propósito de un contrato de obras públicas, a una jurisprudencia reiterada según la cual aunque el importe de un contrato objeto de una licitación no alcance el umbral de aplicación de las Directivas sobre contratación pública mediante las que el legislador comunitario reguló el ámbito de los contratos públicos y, en consecuencia, el contrato en cuestión no esté comprendido en el ámbito de aplicación de éstas últimas, las entidades que celebran un contrato están obligadas a respetar los principios generales del Derecho comunitario, como el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que de él deriva, y mencionó en el mismo apartado, como jurisprudencia consolidada, las sentencias Telaustria, Coname y Parking Brixen, citadas en el apartado 36 *supra.* Por tanto, el Tribunal de Justicia extendió a las normas de adjudicación de los contratos públicos cuyo importe económico no alcanza los umbrales de aplicación de las Directivas las soluciones surgidas a propósito de las modalidades de conclusión de contratos de concesión de servicios públicos (sentencia Medipac-Kazantzidis, citada en el apartado 80 *supra,* apartado 33).

85 En segundo lugar, por lo que respecta a la alegación de la República Federal de Alemania resumida en el apartado 38 *supra,* según la cual el auto Vestergaard, citado en el apartado 38 *supra,* y la sentencia Comisión/Francia, citada en el apartado 38 *supra,* sólo afectan al principio de no discriminación y, en consecuencia, no pueden justificar la obligación de publicidad previa, basta señalar que la obligación de transparencia, en particular, por una forma de publicidad adecuada, deriva precisamente, según la jurisprudencia mencionada en el apartado 76 *supra,* del principio de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad. La Comisión mencionó acertadamente dicho auto y dicha sentencia en la Comunicación, en la medida en que de dichas resoluciones se desprende que las normas fundamentales del Tratado CE son aplicables a todos los contratos públicos, aun cuando no les afecten las Directivas sobre contratación pública (auto Vestergaard, citado en el apartado 38 *supra,* apartado 19, y sentencia Comisión/Francia, citada en el apartado 38 *supra,* apartados 32 y 33).

86 En tercer lugar, tampoco puede prosperar la alegación según la cual el legislador comunitario, al establecer umbrales de aplicación de las Directivas sobre contratación

pública, indicó expresamente que, por debajo de dichos importes, se debía presumir, en principio, que los efectos en el mercado interior eran más bien «aleatorios e indirectos» y concluir que los licitadores extranjeros carecían de interés.

87 Procede precisar, a este respecto, que por el mero hecho de que un contrato público se sitúe por debajo de los umbrales de aplicación de las Directivas sobre contratación pública no puede presumirse que los efectos de dicho contrato público sobre el mercado interior sean casi insignificantes. Desautoriza tal tesis la jurisprudencia citada en los apartados 73 y 74 *supra,* según la cual tales contratos no están excluidos del ámbito de aplicación del Derecho comunitario. Ahora bien, si puede excluirse *a priori* cualquier impacto de dichos contratos en el mercado interior, el Derecho comunitario no es de aplicación.

88 Ciertamente, tal como reconoce el Tribunal de Justicia, pueden concurrir circunstancias específicas, como la escasa trascendencia económica, que permitan sostener razonablemente que una empresa establecida en un Estado miembro distinto de aquél al que pertenece la entidad adjudicadora de un determinado contrato público carece de interés en dicho contrato y, en consecuencia, los efectos sobre las libertades fundamentales de que se trata deberían considerarse demasiado aleatorios y demasiado indirectos para poder apreciar una eventual vulneración de las mismas (véase, en este sentido, la sentencia Coname, citada en el apartado 36 *supra,* apartado 20, y la jurisprudencia allí citada). Sin embargo, la conclusión relativa a la falta de vulneración de las libertades fundamentales sólo puede deducirse de una evaluación de las circunstancias específicas de cada caso y no puede basarse en el mero hecho de que el importe del contrato de que se trata no supera un determinado umbral.

89 En consecuencia, el punto 1.3. de la Comunicación establece lo siguiente:

«Corresponde a cada entidad adjudicadora decidir si la adjudicación de contrato prevista encierra potencialmente interés para los operadores económicos de otros

Estados miembros. La Comisión estima que esta decisión deberá basarse en una evaluación de las circunstancias específicas del caso, tales como el objeto del contrato, su cuantía estimada, las características particulares del sector (tamaño y estructura del mercado, prácticas comerciales, etc.), así como el lugar geográfico de ejecución del contrato. Si la entidad adjudicadora llega a la conclusión de que el contrato reviste importancia para el mercado interior, deberá adjudicarlo con arreglo a las normas básicas que se derivan del Derecho comunitario.»

90 En cuarto lugar, la República Federal de Alemania sostiene, sin embargo, que al exigir que los órganos de contratación evalúen, en cada caso concreto, la pertinencia de un contrato público para el mercado interior con el fin de determinar, en particular, si se aplica la obligación de publicidad previa, prevista en el punto 2.1.1. de la propia Comunicación, esta última crea una obligación nueva y, consiguientemente, produce efectos jurídicos vinculantes.

91 La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ya contempla, cuando se trata de un contrato público no comprendido en el ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública, una obligación de la entidad adjudicadora de apreciar, bajo el control de los tribunales competentes, las particularidades del contrato de que se trata desde el punto de vista de la adecuación de las modalidades de licitación (véase, en este sentido, la sentencia Parking Brixen, citada en el apartado 36 *supra,* apartados 49 y 50). Por tanto, no puede sostenerse que el punto 1.3. de la Comunicación, en relación con el punto 2.1.1., cree una obligación nueva a cargo de los Estados miembros.

92 Sobre este aspecto, la República Federal de Alemania y la República de Austria añadieron en la vista que una evaluación específica como la prevista por el punto 1.3. de la Comunicación es contraria a la sentencia SECAP, citada en el apartado 42 *supra* (apartados 30 a 32), que contempla una definición abstracta y general de la pertinencia de un contrato público para el mercado interior.

93 Procede señalar a este respecto que el apartado 30 de la sentencia SECAP, citada en el apartado 42 *supra,* corrobora la conclusión expuesta en el apartado 91 *supra,* de que, en principio, corresponde a la entidad adjudicadora la apreciación, previa a la definición de los términos del anuncio de licitación, del eventual interés transfronterizo de un contrato cuyo importe estimado es inferior al umbral previsto por las normas comunitarias, si bien tal apreciación puede someterse a control jurisdiccional.

94 Además, procede señalar que no existe contradicción entre la Comunicación, concretamente su punto 1.3, y la sentencia SECAP, citada en el apartado 42 *supra.* En efecto, la Comunicación no excluye la posibilidad de que una normativa establezca, a nivel nacional o local, criterios objetivos que indiquen la existencia de un interés transfronterizo cierto, como prevé el apartado 31 de la sentencia SECAP, citada en el apartado 42 *supra.* No obstante, al aplicar dicha normativa nacional, las entidades adjudicadoras están obligadas a respetar las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (sentencia SECAP, citada en el apartado 42 *supra,* apartado 29).

95 Por lo que respecta al apartado 32 de la sentencia SECAP, citada en el apartado 42 *supra,* procede señalar que tampoco es contrario a los puntos 1.3. y 2.1.2. de la Comunicación. En efecto, dicho punto versa sobre la exclusión automática de algunas ofertas por su carácter anormalmente bajo, aunque tengan un interés transfronterizo cierto, y por ello se aplica en otra fase de la adjudicación de un contrato público distinta de la determinación del interés potencial de un contrato público para los operadores económicos situados en otros Estados miembros, prevista en el punto 1.3. de la Comunicación, o de la elección del soporte más adecuado para garantizar la publicidad prevista en el punto 2.1.2. de la Comunicación. En todo caso, procede señalar que dichos puntos de la Comunicación no excluyen que se tenga en cuenta la capacidad administrativa de la entidad adjudicadora y, por tanto, no pueden crear una obligación nueva a cargo de los Estados miembros o de sus órganos de contratación.

96 En quinto lugar, en contra de lo que alega la República Federal de Alemania (véase el apartado 46 *supra),* el punto 2.1.2. de la Comunicación, según el cual «es

responsabilidad de las entidades adjudicadoras decidir el medio más apropiado de dar publicidad a sus contratos», no es incompatible con la fijación, por una normativa nacional, de los criterios generales que deben presidir dicha decisión, si bien la utilización de tales criterios no puede cuestionar el respeto de las normas fundamentales del Tratado CE y, entre ellas, en particular, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. En efecto, tal como ya se ha señalado en el apartado 91 *supra,* corresponde a la autoridad pública concedente apreciar, bajo el control de los tribunales competentes, la adecuación de las modalidades de licitación a las particularidades del contrato público de que se trate. Por tanto, la Comunicación, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, confía a los órganos de contratación la tarea de determinar el grado y la forma de publicidad adecuada (véase, en este sentido, la sentencia Parking Brixen, citada en el apartado 36 *supra,* apartados 49 y 50). De este modo, la Comunicación señala acertadamente, en su punto 2.1.2., que «es responsabilidad de las entidades adjudicadoras decidir el medio más apropiado de dar publicidad a sus contratos». Por tanto, no crea una obligación jurídica nueva para los órganos de contratación.

97 Por otra parte, en respuesta al argumento de la República de Austria basado en una comparación de los umbrales de aplicación de las Directivas sobre contratación pública con la regla *de minimis* aplicable a las ayudas de Estado, basta señalar que de dichas Directivas no se desprende en modo alguno que los umbrales de que se trata se basen en consideraciones análogas a las que justifican la regla *de minimis* en el ámbito de las ayudas de Estado.

98 En sexto lugar, en lo relativo al argumento de la República Francesa según el cual la Comunicación introdujo, en el punto 2.1.2., una obligación de publicación consistente en emplear un soporte escrito para garantizar la publicidad de los contratos contemplados en ella, procede señalar que se basa en una premisa errónea. En efecto, en ningún lugar de la Comunicación se menciona ninguna obligación de publicidad que consista en emplear un soporte escrito para garantizar la publicidad de los contratos públicos contemplados en ella. Por una parte, el punto 2.1.3., párrafo primero, de la Comunicación recuerda la jurisprudencia según la cual la obligación de transparencia no implica necesariamente la convocatoria de una licitación formal (sentencia

Coname, citada en el apartado 36 *supra,* apartado 21). Por otra parte, el punto 2.1.2., párrafo tercero, señala lo siguiente:

«Como formas de publicidad adecuadas y utilizadas frecuentemente, cabe citar:

— Internet, [...]»

Además, según admiten la República Federal de Alemania y las partes coadyuvantes, se trata de una enumeración indicativa y en absoluto exclusiva de diferentes formas de publicidad adecuadas.

99 En séptimo lugar, por lo que respecta a la alegación en que la República Federal de Alemania y la República Francesa sostienen que excluir la práctica consistente en contactar con los potenciales licitadores, aunque la entidad adjudicadora se dirija a empresas de otros Estados miembros y se esfuerce por entrar en contacto con todos los proveedores potenciales, por la obligación de transparencia introducida por la Comunicación (punto 2.1.1., apartado tercero, de la Comunicación), es un elemento que establece obligaciones específicas respecto de los principios del Tratado CE, cabe señalar que se refiere a una parte de la Comunicación que en absoluto se cuestiona ni en la demanda ni en el escrito de formalización de la intervención. A este respecto, procede señalar que aunque el artículo 48, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento permite, en determinadas circunstancias, invocar motivos nuevos en el curso del proceso, en ningún caso puede interpretarse que tal disposición autorice a la parte demandante a presentar ante el Tribunal nuevas pretensiones y modificar de tal forma el objeto del litigio (véase la sentencia del Tribunal de 12 de julio de 2001, Banatrading/Consejo, T-3/99, Rec. p. II-2123, citada en el apartado 28, y la jurisprudencia allí citada). De ello se deduce que tal alegación no es admisible, al pretender ampliar el objeto del litigio mediante la inclusión de una parte de la Comunicación no mencionada en la demanda.

100 En todo caso, procede señalar que la Comunicación no excluye dicha práctica de manera absoluta y definitiva. Según los puntos 2.2.2. y 2.1.3. de la Comunicación, la entidad adjudicadora podrá limitar el número de candidatos invitados a presentar una oferta a un nivel adecuado. No obstante, la Comunicación exige a este respecto que se respete el principio de no discriminación y la obligación de transparencia (punto 2.2.2. de la Comunicación) para lograr una competencia suficiente. Además, para que pueda controlarse la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación, el Tribunal considera que de la obligación de transparencia deriva la necesidad de una divulgación activa que emane de los órganos de contratación, que corresponde a los órganos de contratación, al igual que la adecuación de las modalidades del procedimiento de licitación previa (sentencia Parking Brixen, citada en el apartado 36 *supra*, apartado 50). Por tanto, el contenido del punto 2.1.1., apartado tercero, de la Comunicación, tal como fue rebatido por la República Federal de Alemania y por la República Francesa, no crea obligaciones específicas.

2. *Sobre el segundo motivo, basado en la especificación de las obligaciones de publicidad (punto 2.2. de la Comunicación)*

a) Alegaciones de las partes

República Federal de Alemania

101 La República Federal de Alemania alega que las obligaciones que se deducen del punto 2.2. de la Comunicación van sensiblemente más allá de la interpretación de los

principios fundamentales del Tratado CE elaborada por el Tribunal de Justicia. Según la República Federal de Alemania, la Comisión decidió en primer lugar, en el punto 2.2. de la Comunicación, que los contratos debían adjudicarse de conformidad con los principios fundamentales del Tratado CE, para garantizar al conjunto de licitadores interesados condiciones de competencia equitativas, y a continuación dedujo de esa obligación general una serie de obligaciones concretas relativas a la publicidad de la intención de otorgar un contrato público.

102 La República Federal de Alemania sostiene, en particular, que según el punto 2.2. de la Comunicación, los Estados miembros deben describir el objeto del contrato de manera que todos los licitadores potenciales puedan comprenderlo del mismo modo, garantizando con ello la igualdad de acceso a los operadores económicos de todos los Estados miembros. Además, si las autoridades exigen que los licitadores presenten documentos escritos, también deben aceptar los documentos elaborados en otros Estados miembros. Los plazos concedidos deben ser suficientes para permitir que los licitadores de otros Estados miembros se ajusten a ellos. Por último, el procedimiento debe ser transparente para todos los participantes. Este catálogo de normas se completa con disposiciones de procedimiento, dirigidas a los Estados miembros que deseen elaborar un listado restringido de candidatos a los que se invite a presentar una oferta (punto 2.2.2. de la Comunicación), y con normas aplicables a la decisión de adjudicación del contrato (punto 2.2.3. de la Comunicación).

103 Mientras que la obligación de una descripción no discriminatoria del objeto del contrato que figura en primer guión del catálogo del punto 2.2.1. de la Comunicación podría, en su caso, deducirse de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el auto Vestergaard, citado en el apartado 38 *supra* (apartado 24), las demás obligaciones que figuran en el punto 2.2.1. de la Comunicación contienen instrucciones concretas que no se deducen del Derecho comunitario positivo. Ello queda confirmado por la afirmación de la Comisión de que los principios antes citados pueden garantizar, en la práctica, el respeto de los principios fundamentales del Tratado CE (punto 1.2. de la Comunicación). Por tanto, no se trata de una descripción de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sino de nuevas normas de contratación pública. En consecuencia, la República Federal de Alemania se opone a los distintos medios que figuran en

el punto 2.2.1. de la Comunicación, los cuales, según ella, introducen obligaciones nuevas.

Partes coadyuvantes

104 Por lo que respecta a la especificación de las obligaciones de publicidad prevista en el punto 2.2. de la Comunicación, la República de Austria alega que algunos de los aspectos abordados en él, como la exigencia de plazos suficientemente extensos y el número de candidatos preseleccionados, cuando se trata de la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública, también están destinados a producir nuevos efectos jurídicos vinculantes. Tales obligaciones no pueden deducirse de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

105 El Parlamento comparte las conclusiones de la República Federal de Alemania sobre el punto 2.2. de la Comunicación, pero insiste en algunos aspectos complementarios, reforzando con ello los argumentos de la República Federal de Alemania. Según el Parlamento, la Comisión establece, en dicho punto, normas detalladas sobre el contenido y los plazos de las licitaciones, sobre un posible procedimiento de preselección y sobre la protección judicial.

106 La República de Polonia alega que al indicar las formas de publicidad y el contenido de los anuncios, e incluso al adoptar normas sobre los plazos de procedimiento en materia de contratación pública, la Comisión no menciona ninguna sentencia del Tribunal de Justicia en su apoyo. Pues bien, según la Comisión, la Comunicación sirve para interpretar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al respecto. Ello explica por qué la declaración de la Comisión de que la Comunicación resume la jurisprudencia no viene corroborada por su contenido.

Comisión

107 La Comisión rebate los argumentos de la República Federal de Alemania y de las partes coadyuvantes contra los criterios previstos en el punto 2.2.1. de la Comunicación. Según ella, los principios de igualdad de acceso para los operadores económicos de todos los Estados miembros y de reconocimiento mutuo de títulos, certificados y otros diplomas, la exigencia de plazos adecuados y de un enfoque transparente y objetivo constituyen principios derivados del Tratado CE. En ningún caso se trata de nuevas normas sobre contratación pública, sino de una aplicación de las normas generales de Derecho comunitario al ámbito de los contratos públicos.

b) Apreciación del Tribunal

108 El punto 2.2. de la Comunicación se ocupa de la «Adjudicación de contratos».

109 A este respecto, el punto 2.2.1. de la Comunicación establece:

«Principios

El [Tribunal de Justicia] declaró, en la sentencia Telaustria, que la obligación de transparencia consiste en garantizar, en favor de cualquier posible licitador, un grado de

publicidad adecuado que permita la apertura del mercado a la competencia, así como el control de la imparcialidad de los procedimientos. La garantía de un procedimiento equitativo e imparcial constituye el corolario necesario a la obligación de garantizar una publicidad transparente.

De lo anterior se deduce que la adjudicación de un contrato deberá respetar las normas y los principios del Tratado CE, para garantizar condiciones de competencia equitativas al conjunto de los operadores económicos interesados en ese contrato. En la práctica, la mejor manera de conseguir esto es mediante:

— Una descripción no discriminatoria del objeto del contrato

La descripción de las características que se exigen de un producto o servicio no deberá hacer referencia a una fabricación o procedencia determinadas, ni a procedimientos particulares, ni referirse a una marca, una patente, un tipo, un origen o una producción determinados, salvo si una referencia de este tipo se justifica por el objeto del contrato y va acompañada de la mención "o equivalente". En todo caso, es preferible utilizar descripciones más generales en lo relativo a la ejecución o las funciones.

— Igualdad de acceso para los operadores económicos de todos los Estados miembros

Las entidades adjudicadoras no deberán imponer ninguna condición que suponga una discriminación directa o indirecta frente a los licitadores potenciales de otros Estados miembros, como la obligación de que las empresas interesadas en

el contrato estén establecidas en el territorio del mismo Estado miembro o de la misma región que la entidad adjudicadora.

— Reconocimiento mutuo de títulos, certificados y otros diplomas

Si se exige a los candidatos o licitadores que presenten certificados, títulos u otro tipo de documentación justificativa, los documentos procedentes de otros Estados miembros y que ofrezcan garantías equivalentes deberán aceptarse de conformidad con el principio de reconocimiento mutuo de títulos, certificados y otros diplomas.

— Plazos adecuados

Los plazos concedidos para presentar una manifestación de interés o una oferta deberán ser suficientes para permitir a las empresas de otros Estados miembros proceder a una evaluación adecuada y formular su oferta.

— Planteamiento transparente y objetivo

Todos los participantes deberán poder conocer previamente las normas aplicables y tener la certeza de que estas normas se aplican de igual forma a todos los operadores.»

Observaciones preliminares

110 Con carácter preliminar, procede señalar que la alegación de la República Federal de Alemania se basa en la premisa de que los contratos a los que afecta la Comunicación no están sujetos a ninguna obligación general de transparencia derivada del Derecho comunitario. Sin embargo debe afirmarse que, tal como se ha señalado anteriormente (véanse los apartados 68 a 100), esa premisa es errónea.

111 El Tribunal observa además que el punto 2.2.1. de la Comunicación pretende garantizar, por una parte, la obligación de publicidad mencionada en el punto 2.1. de la Comunicación y, por otra parte, que la adjudicación del contrato se ajuste a las normas y principios del Tratado CE. Para ello, la Comunicación se apoya en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual el procedimiento de adjudicación de un contrato público debe respetar, en todas sus fases, en particular en la de selección de los candidatos en un procedimiento restringido, tanto el principio de igualdad de trato de los posibles licitadores como el de transparencia, para que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus solicitudes de participación o de sus ofertas (véanse, en este sentido, por lo que respecta a la fase de comparación de las ofertas, las sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, C-87/94, Rec. p. I-2043, apartado 54, y de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau y otros, C-470/99, Rec. p. I-11617, apartado 93).

112 Procede añadir que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de trato, del que los artículos 43 CE y 49 CE son una expresión particular, prohíbe no solamente las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también todas las formas encubiertas de discriminación que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzcan de hecho al mismo resultado (sentencias del Tribunal de Justicia de 29 de octubre de 1980, Boussac Saint-Frères, 22/80, Rec. p. 3427, apartado 7, y de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia, C-3/88, Rec. p. 4035, apartado 8), para hacer de forma que los contratos públicos en los distintos Estados miembros sean accesibles a todos los empresarios de la Comunidad. Finalmente, el Tribunal de Justicia adoptó el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencias del Tribunal de Justicia de 22 de junio de 1993, Comisión/Dinamarca, C-243/89, Rec.

p. I-3353, apartado 23, y Comisión/Bélgica, apartado 111 *supra*, apartado 51). Por tanto, procede analizar, a la luz de las consideraciones anteriores, los distintos medios citados en el punto 2.2.1. de la Comunicación.

Sobre el punto 2.2.1. de la Comunicación

— Sobre el primer guión del punto 2.2.1. de la Comunicación

113 El primer guión del punto 2.2.1. de la Comunicación prevé una descripción no discriminatoria del objeto del contrato. Procede señalar, tal como admite la propia República Federal de Alemania, que tal exigencia ya se deduce del auto Vestergaard, citado en el apartado 38 *supra*. En efecto, para la adjudicación de un contrato, tal objetivo se desprende del principio de igualdad de trato, del que las libertades fundamentales son una expresión concreta. De este modo, el Tribunal de Justicia declaró en su jurisprudencia que la legalidad de una cláusula que figure en el pliego de condiciones referente a un contrato que no alcanza el umbral previsto en la Directiva 93/37 y, por ello, no está comprendido en el ámbito de aplicación de dicha Directiva debe apreciarse con respecto a las normas fundamentales del Tratado, de las que forma parte la libre circulación de mercancías establecida en el artículo 28 CE (auto Vestergaard, citado en el apartado 38 *supra*, apartado 21).

114 Por lo que respecta a la explicación ofrecida en el primer guión del punto 2.2.1. de la Comunicación, el Tribunal señala que, según la jurisprudencia, en el ámbito de los contratos públicos de suministro, el hecho de no añadir la mención «o equivalente»

después de la designación, en el pliego de condiciones, de un producto determinado puede no sólo disuadir a los operadores económicos que utilicen sistemas análogos a dicho producto de participar en la licitación, sino también obstaculizar las importaciones en el comercio intracomunitario, en contra de lo dispuesto en el artículo 28 CE, al reservar el mercado exclusivamente a los proveedores que se propongan utilizar el sistema específicamente indicado (sentencias del Tribunal de Justicia de 22 de septiembre de 1988, Comisión/Irlanda, 45/87, Rec. p. 4929, apartado 22; de 24 de enero de 1995, Comisión/Países Bajos, C-359/93, Rec. p. I-157, apartado 27, y auto Vestergaard, citado en el apartado 38 *supra,* apartado 24).

115 Por tanto, el contenido del primer guión del punto 2.2.1 de la Comunicación corresponde a la interpretación, por el Tribunal de Justicia, de los principios fundamentales del Tratado CE.

— Sobre el segundo guión del punto 2.2.1. de la Comunicación

116 Por lo que respecta al segundo guión del punto 2.2.1. de la Comunicación, a saber, la igualdad de acceso para los agentes económicos de todos los Estados miembros, el Tribunal considera que este objetivo, que consiste en garantizar a los agentes económicos, cualquiera que sea su procedencia, la igualdad de acceso a los contratos propuestos se deriva del respeto de los principios de libertad de establecimiento y de prestación de servicios, así como de libre competencia (véanse, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Léger en el asunto en que se dictó la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de enero de 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, C-44/96, Rec. p. I-73, I-77, punto 47, reproducido en las conclusiones del Abogado General Mischo en el asunto en que se dictó la sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia, C-237/99, Rec. p. I-939, I-941, punto 49), y, en particular, del principio de igualdad de trato (véase el apartado 112 *supra)* en su expresión como prohibición de discriminaciones basadas en la nacionalidad consagrado en el artículo 12 CE.

117 De ello se deduce que el principio de no discriminación prohíbe a los órganos de contratación imponer cualquier condición que implique una discriminación directa o indirecta, tal como está previsto en el segundo guión del punto 2.2.1. de la Comunicación. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las condiciones generales del pliego de condiciones deben respetar todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario y especialmente las prohibiciones que se derivan de los principios consagrados por el Tratado CE en lo relativo al derecho de establecimiento y a la libre prestación de servicios, así como el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 1987, CEI y Bellini, 27/86 a 29/86, Rec. p. 3347, apartado 15, y de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, 31/87, Rec. p. 4635, apartados 29 y 30).

118 En consecuencia, el principio de igualdad de trato de los licitadores cubre el contenido que figura en los guiones primero y segundo del punto 2.2.1. de la Comunicación.

— Sobre el tercer guión del punto 2.2.1. de la Comunicación

119 El tercer guión el punto 2.2.1. de la Comunicación introduce el principio de reconocimiento mutuo, que permite garantizar la libre circulación de mercancías y de servicios sin que sea necesario armonizar las normativas internas de los Estados miembros (sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de febrero de 1979, Rewe-Zentral, 120/78, Rec. p. 649). A este respecto, es preciso recordar que las autoridades de un Estado miembro están obligadas a tomar en consideración el conjunto de títulos, certificados y otros diplomas así como la experiencia pertinente del interesado, comparando las aptitudes acreditadas por dichos títulos y la mencionada experiencia, por una parte, y los conocimientos y cualificaciones exigidas por la legislación nacional, por otra (véanse, por analogía, para el acceso a las profesiones, las sentencias del Tribunal de Justicia de 7 de mayo de 1991, Vlassopoulou, C-340/89, Rec. p. I-2357, apartados 16, 19 y 20; de 9 de febrero de 1994, Haim, C-319/92, Rec. p. I-425, apartados 27 y 28;

de 14 de septiembre de 2000, Hocsman, C-238/98, Rec. p. I-6623, apartado 23, y de 22 de enero de 2002, Dreessen, C-31/00, Rec. p. I-663, apartado 24).

120 El Tribunal de Justicia afirmó que esa jurisprudencia no es más que la plasmación jurisprudencial de un principio inherente a las libertades fundamentales del Tratado CE y que tal principio no puede perder una parte de su valor jurídico por la adopción de directivas relativas al reconocimiento mutuo de títulos (sentencias Hocsman, citada en el apartado 119 *supra,* apartados 24 y 31, y Dreessen, citada en el apartado 119 *supra,* apartado 25), y que de ello se deduce que los Estados miembros deben cumplir sus obligaciones en materia de reconocimiento mutuo, según se derivan de la interpretación dada por el Tribunal de Justicia a los artículos 43 CE y 47 CE (véase, por analogía, para el acceso a las profesiones, la sentencia Dreessen, citada en el apartado 119 *supra,* apartado 27, y la jurisprudencia allí citada). A este respecto, el Tribunal de Justicia ya declaró que el reconocimiento mutuo debe permitir que las autoridades nacionales se aseguren objetivamente de que el título extranjero acredita, a favor de quien lo posee, conocimientos y cualificación, si no idénticos, al menos equivalentes a los acreditados por el título nacional (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de octubre de 1987, Heylens y otros, 222/86, Rec. p. 4097, apartado 13).

121 De ello se deduce que el objetivo perseguido por el tercer guión del punto 2.2.1. de la Comunicación no crea obligaciones nuevas para los Estados miembros.

— Sobre el cuarto guión del punto 2.2.1. de la Comunicación

122 Por lo que respecta a la exigencia de plazos adecuados para que las empresas de otros Estados miembros puedan llevar a cabo una evaluación apropiada y elaborar su oferta, es preciso recordar que las entidades adjudicadoras deben respetar el principio de libre prestación de servicios y el principio de no discriminación, que tienen por

objeto 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 (sentencias del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2000, University of Cambridge, C-380/98, Rec. p. I-8035, apartado 16; de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia, citada en el apartado 116 *supra,* apartado 41; HI, citada en el apartado 76 *supra,* apartado 43, y Universale-Bau y otros, citada en el apartado 111 *supra,* apartado 51). Su objetivo es evitar el riesgo de que se otorgue preferencia a los licitadores o candidatos nacionales en cualquier adjudicación de contratos por los órganos de contratación (véase, en este sentido, la sentencia Universale-Bau y otros, citada en el apartado 111 *supra,* apartado 52, y la jurisprudencia allí citada).

123 En consecuencia, el objetivo del cuarto guión del punto 2.2.1. de la Comunicación, que es impedir que un órgano de contratación, por medio de los plazos concedidos a los licitadores, pueda excluir la participación de un operador económico establecido en otro Estado miembro, resulta de los principios del Tratado CE, lo que supone que esa parte de la Comunicación tampoco introduce una obligación nueva.

— Sobre el quinto guión del punto 2.2.1. de la Comunicación

124 Por lo que respecta al contenido del quinto guión del punto 2.2.1. de la Comunicación, el Tribunal considera que, tal como ya declaró el Tribunal de Justicia, la garantía del respeto de los principios de igualdad de trato de los licitadores y de transparencia tiene por objeto, precisamente, hacer que los posibles licitadores conozcan antes de preparar sus ofertas los criterios de adjudicación a los que éstas deben responder así como su importancia relativa [en relación con el artículo 27, apartado 2, de la Directiva 90/531/CEE del Consejo, de 17 de septiembre de 1990, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 297, p. 1), cuyo tenor es sustancialmente idéntico al del artículo 30, apartado 2, de la Directiva 93/37, véanse las sentencias Comisión/Bélgica, citada en el apartado 111 *supra,* apartados 88 y 89, y Universale-Bau

y otros, citada en el apartado 111 *supra,* apartado 99]. Por tanto, el quinto guión del punto 2.2.1. de la Comunicación pretende garantizar que todos los licitadores potenciales dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de su solicitud de participación o de su oferta, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

125 A la vista de las consideraciones anteriores, el Tribunal considera que los medios para alcanzar las condiciones de competencia equitativas mencionadas en los distintos guiones del punto 2.2.1. de la Comunicación cumplen tanto con el principio de igualdad de trato de los posibles licitadores como con la obligación de transparencia y con la libre prestación de servicios en la adjudicación de un contrato, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencias Comisión/Bélgica, citada en el apartado 111 *supra,* apartado 54, y Universale-Bau y otros, citada en el apartado 111 *supra,* apartado 93) y, por tanto, no introducen obligaciones nuevas.

Sobre el punto 2.2.2. de la Comunicación

126 El punto 2.2.2. de la Comunicación prevé lo siguiente:

«Límite del número de candidatos invitados a presentar una oferta

Las entidades adjudicadoras podrán limitar el número de candidatos a un nivel adecuado, a condición de hacerlo de manera transparente y no discriminatoria. Así, por ejemplo, podrán aplicar criterios objetivos, como son la experiencia de los candidatos en el sector, el tamaño y la infraestructura de su empresa, sus conocimientos técnicos y profesionales, u otros criterios de igual índole. Incluso podrán optar por un sorteo,

bien como único mecanismo de selección, o bien en combinación con otros criterios. En todo caso, el número de candidatos preseleccionados deberá responder a la necesidad de lograr una competencia suficiente.

Las entidades adjudicadoras podrán recurrir también a sistemas de cualificación, es decir, el establecimiento de una lista de operadores cualificados por medio de un procedimiento transparente y abierto, que habrá sido anunciado adecuadamente. Con posterioridad, cuando se proceda a adjudicar los contratos individuales que entren en el ámbito de aplicación del sistema, la entidad adjudicadora podrá seleccionar, a partir de la lista de los operadores cualificados y sobre una base no discriminatoria, los operadores a los que se invitará a presentar una oferta (por ejemplo, por turno rotatorio dentro de la lista).»

127 El punto 2.2.2 de la Comunicación versa sobre la limitación del número de candidatos invitados a licitar a un nivel adecuado y permite a las entidades adjudicadoras, por ejemplo, recurrir a determinadas modalidades y posibilidades, siempre y cuando lo hagan de manera transparente y no discriminatoria y con el fin de lograr una competencia suficiente. Dicho punto de la Comunicación exige, en particular, la aplicación de criterios objetivos y de un procedimiento transparente y abierto que haya sido anunciado adecuadamente.

128 Procede señalar a este respecto que tales exigencias se adecuan perfectamente a los principios del Tratado CE y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Se deducen, en particular, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual el procedimiento de adjudicación de un contrato público debe respetar, en todas sus fases, en particular en la de selección de los candidatos en un procedimiento restringido, tanto el principio de igualdad de trato de los posibles licitadores como el de transparencia, para que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus solicitudes de participación o de sus ofertas (véanse, en este sentido,

por lo que respecta a la fase de comparación de las ofertas, las sentencias Comisión/Bélgica, citada en el apartado 111 *supra,* apartado 54, y Universale-Bau y otros, citada en el apartado 111 *supra,* apartado 93).

Sobre el punto 2.2.3. de la Comunicación

129 El punto 2.2.3. de la Comunicación tiene el siguiente tenor:

«Decisión de adjudicación de contratos

Es importante que la decisión definitiva de adjudicación del contrato se ajuste a las normas de procedimiento establecidas inicialmente y que los principios de no discriminación y de igualdad de trato se respeten plenamente. Este aspecto es especialmente importante en el caso de los procedimientos que contemplen una negociación con licitadores preseleccionados. Las negociaciones deberán organizarse de tal forma que todos los licitadores tengan acceso a la misma cantidad de información, y de forma que se excluya la concesión de ventajas injustificadas a un determinado licitador.»

130 El punto 2.2.3 de la Comunicación prevé que la decisión definitiva de adjudicación del contrato respete los principios de no discriminación y de igualdad de trato. Ese objetivo, así como su contenido, no va más allá de los principios en que se apoya dicho punto.

131 De las consideraciones anteriores se deduce que el catálogo de medios enunciado en el punto 2.2. de la Comunicación relativos a la adjudicación de un contrato pretende garantizar, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el respeto del principio de igualdad de trato de los posibles licitadores, el cumplimiento de la obligación de transparencia, el respeto del principio de libre prestación de servicios (sentencias Comisión/Bélgica, citada en el apartado 111 *supra,* apartado 54, y Universale-Bau y otros, citada en el apartado 111 *supra,* apartado 93) así como de libre competencia (sentencia de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia, citada en el apartado 116 *supra,* apartado 49) y, por tanto, no crea obligaciones nuevas susceptibles de un recurso de anulación.

3. *Sobre el tercer motivo, basado en las exenciones de la publicidad previa (punto 2.1.4. de la Comunicación)*

a) Alegaciones de las partes

132 La República Federal de Alemania sostiene que la Comisión, en el punto 2.1.4. de la Comunicación, estableció nuevas obligaciones jurídicas al extender el régimen de exenciones previsto en las Directivas sobre contratación pública para los contratos de común acuerdo a los contratos que no alcanzan los umbrales, aun cuando la aplicación de las exenciones previstas por las Directivas sobre contratación pública está supeditada a que se alcancen tales umbrales.

133 Además, la República Federal de Alemania rebate el argumento de la Comisión según el cual, al extender las exenciones de la obligación de publicidad previstas en las Directivas sobre contratación pública a los contratos públicos no comprendidos en el ámbito de aplicación de dichas Directivas, la Comisión no hace sino aplicar una

analogía lícita, justificando esta interpretación de los principios fundamentales del Tratado CE. En efecto, según la República Federal de Alemania, para que tal analogía fuera lícita, tendría que haber un vacío legislativo, lo que no sucede en el caso de autos, ya que el legislador, al adoptar unos umbrales, decidió expresamente no aplicar a algunos contratos tales exigencias de publicidad.

134 La República Federal de Alemania sostuvo, en la vista, que las exenciones previstas en el punto 2.1.4. de la Comunicación son exclusivas y, por tanto, no pueden existir otras. La Comunicación contiene, por tanto, una concepción muy estricta y exclusiva de las exenciones admisibles, contraria a la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia sobre las libertades fundamentales, como la posible justificación de un tratamiento diferenciado por razones objetivas. Por tanto, en combinación con su punto 2.1.1., la Comunicación introduce una obligación de publicidad previa incondicional y excluye cualquier otra forma de transparencia.

135 Según la República Federal de Alemania, el tenor del punto 2.1.4. de la Comunicación, en particular en su última frase, establece claramente un nexo con las exenciones contenidas en las Directivas sobre contratación pública, y de este modo limita a tales exenciones las exenciones de la obligación de publicidad previa. Por tanto, la Comunicación excluye otras exenciones que resulten del Derecho originario. Tal concepción exclusiva de las exenciones es contraria a la sentencia SECAP, citada en el apartado 42 *supra,* que prevé que puedan tomarse en consideración otras exenciones.

136 Por lo que respecta a las exenciones del principio de publicidad previa previstas en el punto 2.1.4. de la Comunicación, el Parlamento alega que la Comisión extiende las exenciones previstas por las Directivas sobre contratación pública para el procedimiento negociado de común acuerdo a los contratos cuyo importe es inferior a los umbrales de aplicación de dichas Directivas. En tal caso resulta especialmente claro que la Comisión, en su Comunicación, estableció normas autónomas de contratación

pública, sin tener en cuenta que en el caso de autos no se cumplen las condiciones previas para tal analogía, es decir, una omisión involuntaria del legislador localizada fuera del ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública.

137 La Comisión sostiene que la analogía propuesta en la Comunicación, consistente en extender las exenciones de la obligación de publicidad previstas en las Directivas sobre contratación pública a los contratos no contemplados por tales Directivas, no hace sino reflejar la interpretación de los principios fundamentales del Tratado CE propuesta por la Comisión y no establece normas jurídicas. Además, según la Comisión, el punto 2.1.4. de la Comunicación no es restrictivo, sino que, por el contrario, sólo contiene las exenciones más importantes de modo no exhaustivo. Al manifestarse sobre la cuestión concreta de aplicar exenciones de la obligación de publicidad previa previstas en las Directivas sobre contratación pública a los contratos contemplados por la Comunicación, la Comisión no quiso considerar que ninguna otra exención de la obligación de publicidad previa, compatible con los principios antes mencionados, fuera admisible.

b) Apreciación del Tribunal

138 Según su título, el punto 2.1.4. de la Comunicación se aplica a los «Procedimientos sin publicidad previa». Dicho punto establece:

«Las Directivas sobre contratación pública contemplan exenciones específicas que autorizan, en determinadas condiciones, procedimientos sin publicidad previa. Los casos más importantes son los relativos a situaciones de extrema urgencia, a raíz de acontecimientos imprevisibles, y los contratos cuya ejecución, por motivos técnicos, artísticos o relacionados con la protección de derechos de exclusividad, sólo pueden confiarse a un operador económico concreto.

La Comisión estima que las pertinentes exenciones pueden aplicarse a los contratos no contemplados por las Directivas. De este modo, las entidades adjudicadoras podrán asignar estos contratos sin publicidad previa, a condición de respetar las condiciones estipuladas en las Directivas para estas exenciones.»

139 El Tribunal considera, en primer lugar, que en contra de lo que alega la República Federal de Alemania, el punto 2.1.4. de la Comunicación no excluye en modo alguno la posibilidad de que existan otras exenciones de la obligación de publicidad previa. En efecto, tal como recuerdan, además, los puntos 1.1. y 1.2. de la Comunicación, los Estados miembros y sus entidades adjudicadoras deben cumplir las normas y los principios del Tratado CE. En la medida en que impliquen exenciones a la obligación de publicidad previa, tales normas y principios pueden ser invocados legítimamente por los Estados miembros o por las entidades adjudicadoras que otorguen un contrato público contemplado por la Comunicación.

140 A este respecto, procede señalar en particular que, si bien el Estado miembro o la entidad adjudicadora pueden invocar una disposición del Tratado CE que excluye con carácter general la aplicación del Derecho originario, como el artículo 86 CE, apartado 2, o los artículos 296 CE o 297 CE, o si se aplica un motivo justificante expresamente previsto en dicho Tratado (véanse, como ejemplos, el orden público y la sanidad, de los artículos 46 CE y 55 CE, y la autoridad pública, de los artículos 45 CE y 55 CE) o si se reúnen los requisitos de una causa de justificación reconocida por la jurisprudencia (véase, para un motivo imperativo de interés general, la sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de octubre de 2005, Comisión/España, C-158/03, no publicada en la Recopilación, apartado 35, y la jurisprudencia allí citada), ello no menoscaba los principios del Tratado CE. En consecuencia, en tales supuestos la obligación de publicidad prevista por la Comunicación, derivada de los principios de dicho Tratado, no se aplica a la contratación pública.

141 Procede añadir que el punto 2.1.4. de la Comunicación sólo pretende permitir a las entidades adjudicadoras invocar las exenciones de la obligación de publicidad previstas en las Directivas sobre contratación pública cuando se cumplan los requisitos para ello previstos en tales Directivas, aun cuando estas últimas no sean aplicables a

los contratos públicos a que afecta la Comunicación. Tal como el Abogado General Jacobs señaló en sus conclusiones en el asunto en que se dictó la sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de octubre de 2005, Comisión/Italia (C-525/03, Rec. p. I-9405, I-9407, puntos 46 a 49), cuando una exención a las Directivas sobre contratación pública está expresamente autorizada y concurren los requisitos de dicha exención y, en consecuencia, está justificado un procedimiento negociado sin la publicación previa de un anuncio de contrato, no puede existir obligación de publicidad. Por tanto, los principios que se desprenden del Tratado CE no pueden imponer una obligación de publicidad cuando las Directivas prevén expresamente una exención, ya que, de lo contrario, tal exención quedaría sin efecto (véanse también, en este sentido, las conclusiones de la Abogado General Stix Hackl en el asunto en que se dictó la sentencia Coname, citada en el apartado 36 *supra,* Rec. p. I-7289, punto 93).

142 De ello se deduce que el punto 2.1.4. de la Comunicación, lejos de crear obligaciones nuevas a cargo de los Estados miembros, les favorece, en el sentido de que, cuando se cumplen los requisitos para ello, les permite quedar exentos de la obligación de publicidad previa.

143 Procede señalar que la alegación de la República Federal de Alemania basada en la sentencia SECAP, citada en el apartado 42 *supra* (véase el apartado 135 *supra),* parte de una premisa errónea, ya que el punto 2.1.4. de la Comunicación no excluye otras posibilidades de exención.

4. *Sobre el cuarto motivo, basado en el procedimiento por incumplimiento (punto 1.3. de la Comunicación)*

a) Alegaciones de las partes

144 La República Federal de Alemania, apoyada por las partes coadyuvantes, alega por último que el anuncio hecho por la Comisión, en el punto 1.3 de la Comunicación, de

que incoará un procedimiento de infracción en caso de que no se respete el procedimiento previsto, demuestra que ese texto legal está destinado a crear obligaciones a cargo de los Estados miembros. Ello queda confirmado por el procedimiento de infracción nº 2005/4043 contra la República Federal de Alemania relativo a la adjudicación de un contrato II B sin publicidad previa: en él se cita la Comunicación como si se tratara de una base jurídica complementaria. Además, la Comisión ya ha iniciado procedimientos de infracción contra algunos Estados miembros para que se apliquen los principios formulados en la Comunicación a contratos no comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública. A este respecto, la República Federal de Alemania menciona los asuntos en que se dictaron las sentencias Comisión/Finlandia, citada en el apartado 39 *supra* y de 13 de noviembre de 2007, Comisión/Irlanda, citada en el apartado 57 *supra.* En consecuencia, la producción de efectos jurídicos de la Comunicación resulta de su punto 1.3. y de su relación con el procedimiento por incumplimiento.

145 La República Federal de Alemania añade que los efectos de la Comunicación derivados de su punto 1.3 no sólo son de carácter informativo, sino que también establecen normas de comportamiento y son, en consecuencia, jurídicos. Lo reconoce la propia Comisión, según la cual la Comunicación establece una línea de conducta. Por tanto, un efecto vinculante de la Comunicación resulta de la intención anunciada por la Comisión de basarse en la Comunicación en su práctica en materia de procedimiento por incumplimiento.

146 Además, el Parlamento sostiene, en relación con el punto 1.3. de la Comunicación, que la Comisión, como autora de la Comunicación, ocupa simultáneamente el lugar de órgano ejecutivo central de la Comunidad y de guardiana de los Tratados. Por tanto, los órganos de contratación de los Estados miembros deberían atenerse al contenido de la Comunicación para evitar un recurso por incumplimiento, para el que la Comisión se basaría en las normas establecidas en su propia Comunicación.

147 La República de Polonia añade que cabe esperar que las directrices que figuran en la Comunicación sirvan de punto de referencia a los auditores de la Comisión que controlan los procedimientos de contratación pública cofinanciados con el presupuesto

de la Unión Europea, incluidas las medidas estructurales. En caso de que existan irregularidades en los procedimientos en curso respecto de las directrices que figuran en la Comunicación, los auditores deberían inclinarse por denegar la calificación de gastos reembolsables a cargo de créditos comunitarios. De ese modo, pese a la afirmación que aparece al principio de la Comunicación, las recomendaciones que figuran en ella se aplicarían «como si fueran Derecho». Habida cuenta de la importancia de la ayuda económica del presupuesto de la Unión Europea en Polonia, tal actitud de los auditores sería suficiente para que las recomendaciones se consideraran vinculantes.

148 En contra de la alegación de la República Federal de Alemania según la cual del punto 1.3. de la Comunicación se deriva un efecto jurídico, la Comisión alega que la posible incidencia de la Comunicación en la política de la Comisión en materia de incumplimientos no crea efectos jurídicos respecto de terceros, sino que sólo tiene consecuencias para la propia Comisión. En efecto, la Comisión no está facultada para determinar, mediante la política que aplica en los procedimientos por incumplimiento, las obligaciones que recaen en los Estados miembros. El alcance de los derechos y obligaciones de los Estados miembros sólo se define de modo jurídicamente vinculante en la fase ante el Tribunal de Justicia, en el marco de un procedimiento por incumplimiento.

b) Apreciación del Tribunal

149 El último apartado del punto 1.3. de la Comunicación dispone:

«Si la Comisión viene en conocimiento de una posible contravención de las normas básicas de adjudicación de los contratos públicos no regulados por las Directivas sobre contratación pública, examinará la importancia del contrato para el mercado interior a la luz de las circunstancias concretas de cada caso. Sólo incoará el procedimiento

de infracción previsto en el artículo 226 [...] CE cuando lo considere adecuado a tenor de la gravedad de la infracción y de sus repercusiones en el mercado interior.»

150 A este respecto, procede señalar que es perfectamente posible que la Comisión inicie un procedimiento por incumplimiento, en aplicación del artículo 226 CE, contra un Estado miembro si éste no respeta las obligaciones que se derivan de las normas y principios del Tratado CE para las entidades adjudicadoras de los Estados miembros en la adjudicación de contratos públicos. En consecuencia, el mero hecho de que el punto 1.3. de la Comunicación se refiera a la posibilidad de incoar tal procedimiento no demuestra en absoluto, en contra de lo que alega la República Federal de Alemania, que dicha Comunicación cree obligaciones nuevas a cargo de los Estados miembros en la adjudicación de contratos públicos y que, por ello, sea un acto que produzca efectos jurídicos vinculantes.

151 Si bien es cierto que ese punto de la Comunicación puede revelar a un Estado miembro que corre un riesgo real de tener que enfrentarse a un procedimiento por incumplimiento en caso de que incumpla sus obligaciones derivadas del Derecho comunitario originario y recordadas en la Comunicación, ello constituye una mera consecuencia de hecho y no un efecto jurídico vinculante (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1981, IBM/Comisión, 60/81, Rec. p. 2639, apartado 19, y de 1 de diciembre de 2005, Italia/Comisión, C-301/03, Rec. p. I-10217, apartado 30).

152 La alegación formulada por la República Federal de Alemania es tanto más inoperante cuanto que la incoación de un procedimiento por incumplimiento en virtud del artículo 226 CE no constituye un acto que tenga un efecto vinculante u obligatorio. En el marco de dicho procedimiento, la fase anterior al recurso ante el Tribunal de Justicia es una fase administrativa previa destinada a instar al Estado miembro a cumplir sus obligaciones y la Comisión manifiesta su postura mediante dictamen sólo después de haber permitido que el Estado miembro presente sus observaciones. Tal fase previa no comporta, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ningún acto de la

Comisión de carácter obligatorio (sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de marzo de 1966, Lütticke y otros/Comisión, 48/65, Rec. p. 27 y 39).

153 Además, según el sistema de los artículos 226 CE a 228 CE, la determinación de los derechos y de las obligaciones de los Estados miembros, así como el enjuiciamiento de su comportamiento sólo pueden resultar de una sentencia del Tribunal de Justicia (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 27 de mayo de 1981, Essevi y Salengo, 142/80 y 143/80, Rec. p. 1413, apartados 15 y 16, y de 29 de septiembre de 1998, Comisión/Alemania, C-191/95, Rec. p. I-5449, apartado 45). De ello se deduce que, en contra de la alegación de la República Federal de Alemania, sólo una sentencia del Tribunal de Justicia puede tener un efecto vinculante en la materia.

154 En consecuencia, debe desestimarse la alegación de la República Federal de Alemania y de las partes coadyuvantes, basada en el efecto vinculante que resulta de incoar un procedimiento por incumplimiento en caso de que no se respete el procedimiento previsto por la Comunicación.

155 No desvirtúa esta conclusión el argumento de la República Federal de Alemania basado en el punto 6 de las conclusiones del Abogado General Tesauro en el asunto en que se dictó la sentencia de 16 de junio de 1993, Francia/Comisión, citada en el apartado 28 *supra* (Rec. p. I-3292), favorable al reconocimiento expreso de efectos jurídicos vinculantes a partir de la amenaza de iniciar un procedimiento por infracción.

156 A diferencia del caso de autos, en el procedimiento que dio lugar a la sentencia de 16 de junio de 1993, Francia/Comisión, citada en el apartado 28 *supra,* la Comisión en ningún momento puso en duda la obligatoriedad del acto de que se trataba. Partiendo de tal hipótesis, el Abogado General Tesauro interpretó que la incoación de un procedimiento por incumplimiento era un indicio complementario para proponer al Tribunal de Justicia que no declarara de oficio la inadmisibilidad del recurso, sino

que examinara su contenido (conclusiones del Abogado General Tesauro en el asunto en que se dictó la sentencia de 16 de junio de 1993, Francia/Comisión, citada en el apartado 28 *supra,* punto 6). Procede añadir que ese razonamiento, en el que se apoya el argumento de la República Federal de Alemania, no fue seguido por el Tribunal de Justicia en la citada sentencia.

157 A la vista de las constataciones de los apartados 150 a 153 *supra,* la alegación de la República Federal de Alemania, del Reino de los Países Bajos y de la República de Polonia para demostrar una autolimitación, por parte de la Comisión, por la Comunicación, también debe desestimarse por ser, cuando menos, inoperante. Además, del tenor del punto 1.3. de la Comunicación se desprende que la Comisión no pretende iniciar un procedimiento por incumplimiento en todos los casos de incumplimiento de que tenga conocimiento, sino que sólo incoará un procedimiento por incumplimiento a la vista de las circunstancias propias de cada caso y dos criterios principales informarán su actuación, la gravedad de la infracción y sus repercusiones en el mercado interior.

158 Por último, no puede acogerse la alegación de la República Federal de Alemania según la cual la Comisión se refiere a la Comunicación como a un acto legislativo y ya ha incoado varios procedimientos de infracción para que se apliquen sus principios.

159 Por lo que respecta al procedimiento por infracción nº 2005/4043, invocado por la República Federal de Alemania, procede señalar que, en efecto, la Comisión se remite a la Comunicación en el punto 7 del dictamen motivado. Sin embargo, en contra de lo que sostiene la República Federal de Alemania, en él no figura la Comunicación como base jurídica, sino como mera referencia entre paréntesis al final de dicho punto. La parte dispositiva del dictamen motivado se basa tanto en los artículos 43 CE y 49 CE como en los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia.

160 Lo mismo puede decirse de los dos asuntos invocados por la República Federal de Alemania que dieron lugar a las sentencias Comisión/Finlandia, citada en el apartado 39 *supra,* y de 13 de noviembre de 2007, Comisión/Irlanda, citada en el apartado 57 *supra.* Procede señalar, a este respecto, que en el asunto en que se dictó la sentencia Comisión/Finlandia, citada en el apartado 39 *supra,* el Tribunal de Justicia declaró inadmisible el recurso de la Comisión, ya que basó el recurso en algunas normas fundamentales del Tratado CE y, en particular, en el principio de no discriminación, que implica la obligación de transparencia, y no aportó elementos suficientes para permitir que el Tribunal de Justicia conociera exactamente el alcance de la infracción del Derecho comunitario imputada al Estado miembro (sentencia Comisión/Finlandia, citada en el apartado 39 *supra,* apartado 32). En cuanto al asunto en que se dictó la sentencia de 13 de noviembre de 2007, Comisión/Irlanda, citada en el apartado 57 *supra,* procede señalar que de dicha sentencia se deduce que una publicidad *ex post* no puede garantizar una publicidad adecuada y dicha sentencia confirma la existencia de una obligación de publicidad previa, lo que fue reconocido por la República Federal de Alemania en la vista.

161 Por lo que respecta a la alegación formulada por la República de Polonia según la cual la Comunicación produce el efecto de revelar a los Estados miembros que se arriesgan a que se les deniegue la financiación comunitaria de determinados gastos realizados, procede señalar que, de nuevo, se trata de una simple consecuencia de hecho y no de un efecto jurídico vinculante de dicha Comunicación (véase el apartado 151 *supra).*

162 Del conjunto de consideraciones anteriores se desprende que la Comunicación no contiene nuevas normas de contratación pública que vayan más allá de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario existente. En tales circunstancias, no puede considerarse que la Comunicación produzca efectos jurídicos vinculantes que puedan afectar a la situación jurídica de la República Federal de Alemania y de las partes coadyuvantes y, por tanto, el recurso debe declararse inadmisible.

Costas

163 A tenor del apartado 2 del artículo 87 del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Al haber sido desestimadas las pretensiones de la República Federal de Alemania, procede condenarla a cargar con las costas de la Comisión, tal como ésta solicitó.

164 Conforme al artículo 87, apartado 4, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento, los Estados miembros que intervengan en el proceso soportarán sus propias costas. En el caso de autos, las partes coadyuvantes en apoyo de las pretensiones de la República Federal de Alemania cargarán con sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Quinta)

decide:

1) Declarar la inadmisibilidad del recurso.

2) La República Federal de Alemania cargará con sus propias costas y con las costas de la Comisión Europea.

3) **La República Francesa, la República de Austria, la República de Polonia, el Reino de los Países Bajos, el Parlamento Europeo, la República Helénica y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte cargarán con sus propias costas.**

Vilaras Prek Ciucă

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 20 de mayo de 2010.

Firmas

Índice

Antecedentes de hecho ..... II - 2036

Procedimiento ..... II - 2039

Pretensiones de las partes ..... II - 2041

Sobre la admisibilidad ..... II - 2042

A — Observaciones preliminares ..... II - 2042

B — Sobre el contenido de la Comunicación ..... II - 2045

1. Sobre el primer motivo, basado en la existencia de una obligación de publicidad previa (punto 2.1.1. de la Comunicación) ..... II - 2046

a) Alegaciones de las partes ..... II - 2046

República Federal de Alemania ..... II - 2046

Partes coadyuvantes ..... II - 2050

Comisión ..... II - 2055

b) Apreciación del Tribunal ..... II - 2056

2. Sobre el segundo motivo, basado en la especificación de las obligaciones de publicidad (punto 2.2. de la Comunicación) ..... II - 2069

a) Alegaciones de las partes ..... II - 2069

República Federal de Alemania ..... II - 2069

Partes coadyuvantes ..... II - 2071

Comisión ..... II - 2072

b) Apreciación del Tribunal ..... II - 2072

Observaciones preliminares ..... II - 2075

Sobre el punto 2.2.1. de la Comunicación ..... II - 2076

— Sobre el primer guión del punto 2.2.1. de la Comunicación ..... II - 2076

— Sobre el segundo guión del punto 2.2.1. de la Comunicación ..... II - 2077

— Sobre el tercer guión del punto 2.2.1. de la Comunicación ..... II - 2078

— Sobre el cuarto guión del punto 2.2.1. de la Comunicación ..... II - 2079

— Sobre el quinto guión del punto 2.2.1. de la Comunicación ..... II - 2080

Sobre el punto 2.2.2. de la Comunicación ..... II - 2081

Sobre el punto 2.2.3. de la Comunicación ..... II - 2083

3. Sobre el tercer motivo, basado en las exenciones de la publicidad previa (punto 2.1.4. de la Comunicación) ..... II - 2084

a) Alegaciones de las partes ..... II - 2084

b) Apreciación del Tribunal ..... II - 2086

4. Sobre el cuarto motivo, basado en el procedimiento por incumplimiento (punto 1.3. de la Comunicación) ..... II - 2088

a) Alegaciones de las partes ..... II - 2088

b) Apreciación del Tribunal ..... II - 2090

Costas ..... II - 2095