SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera)
de 18 de noviembre de 2004 *

En el asunto C-126/03,

que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 226 CE, el 20 de marzo de 2003,

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. K. Wiedner, en calidad de agente, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante,

contra

República Federal de Alemania, representada por el Sr. W.-D. Plessing, en calidad de agente, asistido por el Sr. H.-J. Prieß, Rechtsanwalt,

parte demandada,

* Lengua de procedimiento: alemán.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera),

integrado por el Sr. P. Jann (Ponente), Presidente de Sala, y el Sr. A. Rosas, la Sra. R. Silva de Lapuerta y los Sres. K. Lenaerts y K. Schiemann, Jueces;

Abogado General: Sr. L.A. Geelhoed;
Secretario: Sr. H. von Holstein, Secretario adjunto;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 26 de mayo de 2004;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 24 de junio de 2004;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República Federal de Alemania ha incumplido las

obligaciones que le incumben en virtud de 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), al haber adjudicado la ciudad de Múnich (Alemania) el contrato relativo al transporte de residuos desde los puntos de vertido en la región de Donauwald (Alemania) hasta la central térmica de Múnich-Norte infringiendo las normas de procedimiento establecidas en el artículo 8 de la citada Directiva, en relación con el artículo 11, apartado 1, de ésta.

Marco normativo

2 Según el artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50, se entenderá por contratos públicos de servicios «los contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora», con exclusión de los contratos mencionados en los incisos i) a ix) de esta disposición.

3 Según el artículo 1, letra b), de la citada Directiva, se entenderá por entidad adjudicadora «el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones formadas por uno o varios de dichos organismos de Derecho público o de dichos entes».

4 En virtud del artículo 8 de la Directiva 92/50, «los contratos que tengan por objeto servicios enumerados en el Anexo I A se adjudicarán con arreglo a lo dispuesto en los títulos III a VI».

5 El artículo 11, apartado 1, de la Directiva 92/50 dispone que las entidades adjudicadoras adjudicarán los contratos públicos de servicios con arreglo a los procedimientos abiertos, restringidos o negociados definidos, respectivamente, en las letras d), e) y f) del artículo 1 adaptados a los fines de dicha Directiva.

Hechos y procedimiento administrativo previo

6 En 1997, la ciudad de Múnich, que explotaba la central térmica de Múnich-Norte, celebró un contrato con una empresa privada, la sociedad Rethmann Entsorgungswirtschaft GmbH & Co. KG (en lo sucesivo, «Rethmann»), en virtud del cual dicha ciudad se comprometió a encomendar a esta sociedad el transporte de residuos desde los puntos de vertido hasta dicha central térmica si obtenía el contrato de eliminación de residuos de la región de Donauwald, ya que el citado contrato había sido objeto de una licitación publicada por la Abfallwirtschaftsgesellschaft Donau-Wald mbH (en lo sucesivo, «AWG Donau-Wald») y al cual había respondido la ciudad de Múnich.

7 La ciudad de Múnich, que había obtenido el citado contrato, encomendó a Rethmann, conforme al acuerdo firmado con esta entidad, el transporte de los residuos, sin que, no obstante, la adjudicación de esta actividad hubiera sido objeto de una licitación prevista en la Directiva 92/50.

8 Después de haber requerido a la República Federal de Alemania para que presentara sus observaciones sobre este particular, la Comisión dirigió un dictamen motivado a dicho Estado miembro, el 25 de julio de 2001, en el cual señalaba que el contrato

relativo al transporte de residuos desde los puntos de vertido en la región de Donauwald hasta la central térmica de Múnich-Norte (en lo sucesivo, «contrato controvertido») hubiera debido ser objeto de una licitación publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas,* conforme a la Directiva 92/50. La Comisión instó al referido Estado miembro a cumplir sus obligaciones derivadas del Derecho comunitario en un plazo de dos meses a partir de la notificación de dicho dictamen. A raíz de la respuesta dada por las autoridades alemanas, el 30 de octubre de 2001, en la cual éstas negaron el incumplimiento, la Comisión interpuso el presente recurso.

Sobre el recurso

En lo relativo al incumplimiento

9 En apoyo de su recurso, la Comisión invoca una única imputación, basada en la infracción del artículo 8 de la Directiva 92/50, en relación con el artículo 11, apartado 1, de dicha Directiva, por cuanto la ciudad de Múnich no sometió el contrato controvertido a licitación.

10 A este respecto, debe recordarse que, en virtud del artículo 8 de la Directiva 92/50, en relación con el artículo 11, apartado 1, de ésta, los contratos públicos que tengan por objeto servicios enumerados en el anexo I A se adjudicarán con arreglo a lo dispuesto en los títulos III a VI, aplicando un procedimiento abierto, restringido o negociado en el sentido de la Directiva.

11 El concepto de «contratos públicos de servicios» se define en el artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50, a tenor del cual se entenderá por tales los contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora.

12 Por su parte, el concepto de «entidad adjudicadora» se define en el artículo 1, letra b), de la Directiva 92/50, como «el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones formadas por uno o varios de dichos organismos de Derecho público o de dichos entes».

13 Por consiguiente, el artículo 8 de la Directiva 92/50, en relación con los artículos 1, letras a) y b), y 11, apartado 1, de ésta, establece que los contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre un prestador de servicios y un ente territorial deberán ser objeto de un procedimiento abierto, restringido o negociado en el sentido de la referida Directiva, cuando tengan por objeto los servicios enumerados en el anexo I A de ésta.

14 En el presente caso, debe observarse que el contrato controvertido es un contrato público en el sentido de los artículos 8 y 11 de la Directiva 92/50, que hubiera debido adjudicarse conforme a los títulos III a VI de la citada Directiva.

15 En efecto, el contrato celebrado entre la ciudad de Múnich y Rethmann, en virtud del cual esta entidad se comprometió a efectuar el transporte de los residuos desde los puntos de vertido en la región de Donauwald hasta la central térmica de Múnich-Norte tiene por objeto un servicio comprendido en el anexo I A de dicha Directiva, prestado por una empresa a un ente territorial. Por consiguiente, se trata de un contrato a título oneroso, celebrado por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora.

16 En este sentido, no puede acogerse la alegación formulada por el Gobierno alemán para excluir la calificación de contrato público del contrato controvertido en el sentido de los artículos 8 y 11 de la Directiva 92/50.

17 En primer lugar, el Gobierno alemán alega que, por lo que atañe al contrato controvertido, la ciudad de Múnich, no es una «entidad adjudicadora» en el sentido del artículo 1, letra b), de la Directiva 92/50 y que el referido contrato no es un «contrato público» en el sentido del artículo 1, letra a), de la citada Directiva. Según dicho Gobierno, el referido contrato no se enmarca en el contexto de las actividades de interés general de la ciudad de Múnich, sino en el de una actividad económica independiente, claramente distinta y sometida a la competencia, a saber la explotación de la central técnica de Múnich-Norte.

18 Debe responderse a esta cuestión que, a tenor del artículo 1, letra b), de la Directiva 92/50, los entes territoriales son, por definición, entidades adjudicadoras. Ahora bien, según la jurisprudencia, el artículo 1, letra a), de la misma Directiva no distingue entre los contratos celebrados por una entidad adjudicadora para cumplir su función de satisfacer necesidades de interés general y los contratos que no guardan relación con dicha función [véase por analogía, en relación con la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), la sentencia de 15 de enero de 1998 Mannesmann Anlagenbau Austria y otros (C-44/96, Rec. p. I-73), apartado 32]. De la misma forma, carece de importancia que la propia entidad adjudicadora pretenda actuar como prestador de servicios y que el contrato de que se trata prevea, en este contexto, que se subcontrate una parte de las actividades a un tercero. Efectivamente, no está excluido que la resolución de la entidad adjudicadora relativa a la elección del citado tercero se base en consideraciones distintas de las puramente económicas. De ello se desprende que, cualesquiera que puedan ser la naturaleza y el ámbito del contrato controvertido, éste constituye un «contrato público» a efectos del artículo 1, letra a), de la Directiva 92/50.

19 Por lo que atañe a la alegación según la cual la actividad de transporte de residuos que lleva a cabo Rethmann es objeto, en definitiva, de una doble licitación, basta señalar que esta actividad forma parte, efectivamente, de dos contratos públicos distintos, el adjudicado por la ciudad de Múnich y el que tiene por objeto, más en particular, la eliminación de los residuos de la región de Donauwald, adjudicado por la AWG Donau-Wald, que debían ser objeto, cada uno de ellos, de una licitación y que, por consiguiente, la aplicación de la Directiva 92/50 conduce a someter el servicio prestado por Rethmann a dos licitaciones sucesivas.

20 Por lo que se refiere a la alegación según la cual, en el caso de autos, la ciudad de Múnich no ha hecho uso de sus ingresos de Derecho público, debe observarse que dicho uso no es un elemento constitutivo de la existencia o inexistencia de un contrato público en el sentido de los artículos 8 y 11 de la Directiva 92/50.

21 Por otra parte, el Gobierno alemán sostiene que, por ser un contrato formalizado a efectos de reventa a terceros, el contrato controvertido está excluido del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, en virtud del artículo 1, letra a), inciso ii), de ésta, en relación con el artículo 7 de la Directiva sectorial 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). Según ha señalado el Abogado General en el punto 34 de sus conclusiones, debe observarse a este respecto que el artículo 1, letra a), inciso ii), de la Directiva 92/50 excluye de su ámbito de aplicación los contratos adjudicados en los sectores regulados por la Directiva 93/38, dado que el legislador comunitario ha pretendido que los citados contratos se rijan únicamente por esta última Directiva. Por consiguiente, la excepción que establece el artículo 7 de la Directiva sectorial 93/38 únicamente es de aplicación en el supuesto de que el contrato controvertido se halle comprendido dentro del ámbito de aplicación de la citada Directiva. Ahora bien, en el presente caso, no puede ser aplicable la excepción prevista en el artículo 7 de dicha Directiva, ya que el citado contrato no versa sobre las actividades a que se refiere el artículo 2, apartado 2, de la Directiva sectorial 93/38.

22 Además, el Gobierno alemán alega que, en la práctica, habría sido imposible adjudicar el contrato controvertido con arreglo a lo dispuesto en los títulos III a VI de la Directiva 92/50, ya que, para poder justificar su capacidad técnica en el sentido del artículo 32, apartado 2, letras c) y h), de la citada Directiva en el procedimiento de licitación incoado por la AWG Donau-Wald, la ciudad de Múnich hubiera debido comunicar el nombre del subcontratante en el momento de presentar su oferta. A este respecto, es cierto que incumbe a un prestador que pretenda mencionar las capacidades de los organismos o empresas a los que esté vinculado directa o indirectamente, demostrar, con vistas a ser admitido a participar en un procedimiento de licitación, que puede efectivamente disponer de los medios de dichos organismos o empresas y que son necesarios para la ejecución del contrato pero que no son de su propiedad [véanse, en este sentido, las sentencias de 2 de diciembre de 1999, Holst Italia, (C-176/98, Rec. p. I-8607), apartado 29; de 12 de julio de 2001, Ordine degli Architetti y otros (C-399/98, Rec. p. I-5409), apartado 92, y de 18 de marzo de 2004 Siemens y ARGE Telekom (C-314/01, Rec. p. I-2549), apartado 44]. Pues bien, en el presente caso, la ciudad de Múnich habría podido incoar, en cualquier caso, un procedimiento restringido acelerado en el sentido del artículo 20 de la Directiva 92/50 entre el anuncio de licitación y la presentación de su oferta.

23 El Gobierno alemán señala que el contrato controvertido hubiera podido adjudicarse utilizando un procedimiento negociado sin previa publicación de un anuncio de licitación, conforme dispone el artículo 11, apartado 3, letra d), de la Directiva 92/50. A este respecto procede recordar que el artículo 11, apartado 3, de la Directiva debe ser objeto de interpretación estricta, ya que introduce una excepción a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado CE en el sector de los contratos públicos de servicios, y que la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quien pretende beneficiarse de ella (véase la sentencia de 10 de abril de 2003, Comisión/Alemania, asuntos acumulados C-20/01 y C-28/01, Rec. p. I-3609, apartado 58). De esta forma, la aplicación de dicho artículo 11, apartado 3, letra d), está supeditada al cumplimiento de tres requisitos acumulativos. Supone la existencia de un acontecimiento imprevisto, de una imperiosa urgencia incompatible con los plazos establecidos en otros procedimientos y, por último, de una relación de causalidad entre el acontecimiento imprevisto y la imperiosa urgencia que del mismo se deriva [véanse, por lo que atañe a la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 185, p. 5; EE 17/01, p. 9), las

sentencias de 2 de agosto de 1993, Comisión/Italia (C-107/92, Rec. p. I-4655), apartado 12, y de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania (C-318/94, Rec. p. I-1949), apartado 14]. En el caso de autos, según se ha señalado en el apartado 22 de la presente sentencia, la ciudad de Múnich habría podido incoar un procedimiento restringido acelerado [véanse, por lo que atañe a la Directiva 71/305, las sentencias de 18 de marzo de 1992, Comisión/España (C-24/91, Rec. p. I-1989), apartado 14, y Comisión/Italia, antes citada, apartado 13]. De ello se desprende que la República Federal de Alemania no ha acreditado que existiera una situación de imperiosa urgencia.

24 Habida cuenta de todo lo anterior, procede declarar que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 92/50, al haber adjudicado la ciudad de Múnich el contrato relativo al transporte de residuos desde los puntos de vertido en la región de Donauwald hasta la central térmica de Múnich-Norte infringiendo las normas de procedimiento establecidas en el artículo 8 de la citada Directiva, en relación con el artículo 11, apartado 1, de ésta.

En lo relativo a las consecuencias de una sentencia en la que se declara un incumplimiento

25 El Gobierno alemán afirma que, en el supuesto de que se declarase el incumplimiento, la República Federal de Alemania no estaría obligada a resolver el contrato ya celebrado.

26 Sobre este punto, basta responder que, si bien en el marco de un procedimiento por incumplimiento en virtud del artículo 226 CE, el Tribunal de Justicia únicamente está obligado a declarar que se ha incumplido una disposición de Derecho comunitario, del artículo 228 CE, apartado 1, se desprende que el Estado miembro de que se trata está obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia.

Costas

27 En virtud del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Dado que la Comisión ha pedido que se condene en costas a la República Federal de Alemania y al haber sido desestimados los motivos formulados por ésta, procede condenarla en costas.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) decide:

1) **Declarar que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, al haber adjudicado la ciudad de Múnich el contrato relativo al transporte de residuos desde los puntos de vertido en la región de Donauwald hasta la central térmica de Múnich-Norte, infringiendo las normas de procedimiento establecidas en el artículo 8 de la citada Directiva, en relación con el artículo 11, apartado 1, de ésta.**

2) **Condenar en costas a la República Federal de Alemania.**

Firmas.