CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL SRA. VERICA TRSTENJAK presentadas el 11 de febrero de 2010[1]

Índice

I. Introducción ..... I - 3719

II. Marco jurídico ..... I - 3719

A. Directiva 92/50 ..... I - 3719

B. Directiva 2004/18 ..... I - 3720

III. Hechos ..... I - 3721

IV. Procedimiento administrativo previo ..... I - 3722

V. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia y pretensiones de las partes ..... I - 3722

VI. Principales alegaciones de las partes ..... I - 3723

VII. Apreciación jurídica ..... I - 3725

A. Admisibilidad ..... I - 3725

1. Servicios de socorro como servicios mixtos en el sistema de las Directivas sobre contratación pública ..... I - 3726

2. Reformulación de las pretensiones en el escrito de interposición del recurso ... I - 3727

3. Conclusión ..... I - 3730

B. Procedencia ..... I - 3730

1. Inaplicabilidad de la excepción sectorial prevista en el artículo 45 CE, párrafo primero ..... I - 3730

2. Ninguna causa de justificación en virtud del artículo 86 CE, apartado 2 ..... I - 3736

1 — Lengua original: alemán.

3. Análisis de los nueve casos de adjudicación impugnados ..... I - 3739

a) Adjudicación de contratos por la ciudad de Magdeburgo (Sajonia-Anhalt) I - 3739

i) Incumplimiento del artículo 16 de la Directiva 92/50 o, en su caso, del artículo 35, apartado 4, de la Directiva 2004/18 ..... I - 3739

ii) Inexistencia de vulneración del principio de no discriminación y de la obligación de transparencia consagrados en el Derecho primario ..... I - 3740

— Análisis de la procedencia sobre la base de la inadmisión parcial del motivo del recurso basado en el incumplimiento del Derecho primario ..... I - 3740

— Con carácter subsidiario: análisis de la procedencia en caso de que el motivo basado en el incumplimiento del Derecho primario fuese declarado admisible en su totalidad ..... I - 3741

Principio de la aplicación prioritaria del Derecho derivado ..... I - 3742

Prueba de un interés transfronterizo en la adjudicación de servicios no prioritarios ..... I - 3747

iii) Conclusión ..... I - 3749

b) Los casos de adjudicación de contratos por la ciudad de Bonn (Renania del Norte-Westfalia), la ciudad de Witten (Renania del Norte-Westfalia), la región de Hannover (Baja Sajonia) y la comarca de Hameln-Pyrmont (Baja Sajonia) ..... I - 3749

c) Adjudicación de contrato por el distrito de Uelzen (Baja Sajonia) ..... I - 3750

d) Los casos de adjudicación de contrato por las mancomunidades municipales de servicios de socorro de las comarcas de Sajonia occidental (Sajonia), Chemnitz/Stollberg (Sajonia) y Vogtland (Sajonia) ..... I - 3752

e) Conclusión ..... I - 3754

4. Práctica de adjudicación ilegal en la República Federal de Alemania ..... I - 3754

VIII. Costas ..... I - 3757

IX. Conclusión ..... I - 3757

I. Introducción

1. El presente asunto tiene su origen en un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión con arreglo al artículo 226 CE contra la República Federal de Alemania, por el que aquélla solicita al Tribunal de Justicia que declare que dicho Estado miembro ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios [2] y de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, [3] y que ha vulnerado los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios (artículos 43 CE y 49 CE), al haber adjudicado contratos de servicios en el ámbito del servicio público de socorro sin licitación pública y de forma no transparente en los Estados federados de Sajonia-Anhalt, Renania del Norte-Westfalia, Baja Sajonia y Sajonia y al no haber publicado ningún anuncio de los contratos adjudicados.

2 — DO L 209, p. 1.
3 — DO L 134, p. 114.

II. Marco jurídico

A. *Directiva 92/50*

2. Con arreglo al artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/50, las entidades adjudicadoras velarán por que no se cometa discriminación alguna entre los diferentes prestadores de servicios.

3. El artículo 10 de la Directiva 92/50 tiene el siguiente tenor:

«Los contratos que tengan por objeto los servicios que figuran tanto en el Anexo I A como en el Anexo I B se adjudicarán con arreglo a lo dispuesto en los títulos III a VI cuando el valor de los servicios del Anexo I A sea superior al valor de los servicios del Anexo I B. En los demás casos, se adjudicarán de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 14 y 16.»

4. Según el artículo 16 de la Directiva 92/50:

«1. Las entidades adjudicadoras que hayan adjudicado un contrato público o hayan celebrado un concurso de proyectos, enviarán un

anuncio con los resultados del procedimiento de adjudicación a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas.

2. Los anuncios se publicarán:

[…]»

B. *Directiva 2004/18*

5. Con arreglo al artículo 2 de la Directiva 2004/18, los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia.

6. El artículo 22 de la Directiva 2004/18 tiene el siguiente tenor:

«Los contratos que tengan por objeto servicios que figuren en el anexo II A y servicios que figuren en el anexo II B se adjudicarán con arreglo a los artículos 23 a 55 cuando el valor de los servicios del anexo II A sea superior al valor de los servicios del anexo II B. En los demás casos, el contrato se adjudicará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 23 y en el apartado 4 del artículo 35.»

7. Según el artículo 35, apartado 4, de la Directiva 2004/18:

«Los poderes adjudicadores que hayan adjudicado un contrato público o celebrado un acuerdo marco enviarán un anuncio sobre los resultados del procedimiento de adjudicación en un plazo máximo de 48 días a partir de la adjudicación del contrato o de la celebración del acuerdo marco.

[…]

En el caso de los contratos públicos de servicios enumerados en el anexo II B, los poderes adjudicadores indicarán en el anuncio si aceptan su publicación. Para dichos contratos de servicios, la Comisión determinará, con arreglo al procedimiento contemplado en el apartado 2 del artículo 77, las normas que regulen la elaboración de informes estadísticos basados en dichos anuncios y la publicación de tales informes.

[…]»

con la asistencia sanitaria apropiada, en ambulancia.

III. Hechos

8. En la República Federal de Alemania, la competencia legislativa en materia de servicios de socorro corresponde a los Estados federados, los cuales han concretado sus posibilidades de configuración legislativa de forma diferente.

9. En la mayoría de los Estados federados alemanes, la prestación de los servicios de socorro responde a un sistema dual que distingue entre el servicio público de socorro y la prestación de servicios de socorro al amparo de autorizaciones concedidas según las leyes sobre el servicio de socorro adoptadas por los Estados federados.

10. El servicio público de socorro comprende normalmente tanto los servicios de transporte de urgencia como los servicios de transporte especial de enfermos. El transporte de urgencia se refiere al transporte, con la asistencia sanitaria apropiada, de heridos o enfermos, cuya vida se encuentra en peligro, mediante vehículos sanitarios con médico de urgencia o ambulancias equipadas para las intervenciones de urgencia. El transporte especial de enfermos consiste en el transporte de enfermos, heridos, o personas que precisen asistencia, pero que no se hallen en situación de urgencia, efectuándose su transporte,

11. Varios Estados federados han optado por ceder a las ciudades, comarcas, mancomunidades municipales de servicios de socorro y otras entidades la selección de los diversos prestadores de servicios públicos de socorro. Para ello, estos entes territoriales contratan, por regla general, la prestación de servicios de transporte de urgencia y de transporte de enfermos con varios prestadores a fin de garantizar a la población la cobertura de estos servicios en todo su territorio. Cuando la remuneración de los servicios tiene lugar directamente a través del ente territorial, el modelo contractual se denomina «modelo de oferta de licitación». En cambio, si el prestador de los servicios percibe su remuneración mediante el cobro directo al paciente o a la compañía aseguradora del seguro de enfermedad, se trata del denominado «modelo de concesión».

12. La Comisión censura en su recurso la adjudicación de contratos de servicios en el ámbito del servicio público de socorro en los Estados federados de Baja Sajonia, Renania del Norte-Westfalia, Sajonia y Sajonia-Anhalt, en los cuales se aplica el modelo de oferta de licitación. En particular, la Comisión critica que en los mencionados Estados federados los contratos en el ámbito del servicio público de socorro comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública se han adjudicado, por regla general, sin licitación y de forma no transparente.

IV. Procedimiento administrativo previo

13. La Comisión, a raíz de varias denuncias que le fueron presentadas, informó a la República Federal de Alemania, mediante escrito de 10 de abril de 2006, de que ésta podría haber incumplido las Directivas sobre contratación pública en el marco de la adjudicación de contratos onerosos de servicios de socorro en los Estados federados de Renania del Norte-Westfalia, Baja Sajonia, Sajonia y Sajonia-Anhalt, y vulnerado el Derecho primario. Asimismo, la Comisión comunicó a la República Federal de Alemania que podría haber vulnerado los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en el marco de la adjudicación de concesiones de servicios de socorro. Por lo tanto, se instó al Gobierno de la República Federal de Alemania a formular sus observaciones con arreglo al artículo 226 CE en el plazo de dos meses.

14. En su respuesta de 10 de julio de 2006, la República Federal de Alemania niega las vulneraciones del Derecho comunitario alegadas e invoca el cambio legislativo producido en 2005 en Sajonia, en virtud del cual, a partir del 1 de enero de 2009, a más tardar, la adjudicación de los servicios de socorro en este Estado federado también deberá tener lugar sobre la base de un procedimiento de selección que respete los principios de una competencia no discriminatoria.

15. Mediante escrito de 15 de diciembre de 2006, la Comisión transmitió a la República Federal de Alemania un dictamen motivado. En dicho dictamen, la Comisión concluye que la República Federal de Alemania ha incumplido e incumple las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas 92/50 y 2004/18 y ha vulnerado y vulnera los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios. En consecuencia, la Comisión instó a la República Federal de Alemania a adoptar las medidas necesarias para atenerse al citado dictamen en el plazo de dos meses a partir de su recepción.

16. En su escrito de 22 de febrero de 2007, la República Federal de Alemania reiteró su oposición a la opinión jurídica de la Comisión. Este Estado miembro alega que en ninguno de los casos mencionados por la Comisión existe un incumplimiento del Derecho comunitario.

V. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia y pretensiones de las partes

17. La República Federal de Alemania no se atuvo al dictamen motivado, y, por tanto, la Comisión interpuso, el 15 de abril de 2008, un recurso sobre la base del artículo 226 CE.

18. La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

— Declare que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas 92/50/CEE y 2004/18/CE y ha vulnerado los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios (artículos 43 CE y 49 CE), al no publicar ningún anuncio de los contratos adjudicados y al adjudicar contratos de servicios en el ámbito del servicio público de socorro sin licitación pública y de forma no transparente.

— Condene en costas a la República Federal de Alemania.

19. La República Federal de Alemania solicita que se desestime el recurso y que se condene en costas a la Comisión.

20. Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008, se admitió la intervención del Reino de los Países Bajos en apoyo de las pretensiones de la República Federal de Alemania. El Reino de los Países Bajos solicita como coadyuvante la desestimación del recurso de la Comisión.

VI. Principales alegaciones de las partes

21. A juicio de la Comisión, en varios Estados federados alemanes es práctica común la adjudicación ilícita de contratos en el ámbito del servicio público de transporte de urgencia y del transporte especial de enfermos a proveedores locales sin licitación a escala europea y sin garantizar la transparencia adecuada.

22. Remitiéndose a nueve ejemplos concretos de adjudicación de contratos en los Estados federados de Baja Sajonia, Renania del Norte-Westfalia, Sajonia y Sajonia-Anhalt, la Comisión señala en primer lugar que las ciudades, comarcas y mancomunidades municipales de servicios de socorro competentes en cada caso deben ser calificadas como entidades públicas adjudicadoras en el sentido de las Directivas sobre contratación pública. Añade que los contratos adjudicados en el ámbito del servicio público de socorro merecen la calificación de contratos públicos de carácter oneroso, cuyo valor supera ampliamente en los casos objeto de litigio el umbral

económico fijado para la aplicabilidad de las Directivas 92/50 y 2004/18.

23. La Comisión indica que, en la medida en que estos contratos públicos se celebraron antes del 31 de enero de 2006, están sujetos a la Directiva 92/50. Alega que, dado que estos contratos tienen por objeto servicios mixtos, deberían haberse adjudicado respetando las disposiciones de los títulos III y IV, o de los artículos 14 y 16 de la Directiva 92/50, dependiendo de que haya primado el valor de los servicios de transporte o el de los servicios médicos. Para los contratos celebrados tras la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva 2004/18, esta Directiva contiene una disposición similar.

24. La Comisión alega que, habida cuenta de que en todos los casos expuestos se trata de contratos de interés transfronterizo, la República Federal de Alemania también ha vulnerado el principio de no discriminación y la obligación de transparencia cubiertos por los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios.

25. A juicio de la Comisión, los incumplimientos imputados no constituyen casos aislados sino que evidencian una práctica generalizada de adjudicación contraria al Derecho comunitario. La Comisión ve reforzada su consideración por el escasísimo número de licitaciones de prestación de servicios de socorro a escala europea y de anuncios de contratos adjudicados.

26. En opinión del Gobierno alemán, la pretensión de la Comisión de que se condene la práctica de adjudicación de contratos en la República Federal de Alemania sobre la base de los hechos alegados relativos a los procedimientos de adjudicación en cuatro de los dieciséis Estados federados, es improcedente. El Gobierno alemán declara asimismo que diversas alegaciones de hecho aducidas por la Comisión son inexactas.

27. El Gobierno alemán invoca también la excepción sectorial prevista en el artículo 45 CE, párrafo primero, en relación con el artículo 55 CE, según el cual, los capítulos del Tratado CE relativos a la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios no se aplicarán a las actividades que en un Estado miembro estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público, tal como sucede, a su juicio, con los servicios de socorro controvertidos. El Gobierno alemán considera que, dado que las Directivas sobre contratación pública tienen su base jurídica en ambos capítulos del Tratado CE, tampoco resultan aplicables en el presente asunto.

28. El Gobierno alemán alega con carácter subsidiario que los servicios de socorro controvertidos reúnen los requisitos para un trato privilegiado según el artículo 86 CE, apartado 2. En su opinión, dado que el artículo 86 CE, apartado 2, no contempla únicamente una excepción a las normas sobre la competencia, sino a todas las disposiciones del Tratado CE, el recurso de la Comisión es también infundado desde este punto de vista. Finalmente, el Gobierno alemán invoca dos resoluciones del Bundesgerichtshofs de 1 de diciembre de 2008, en virtud de las cuales la normativa en materia de contratación pública también se aplica en lo sucesivo a la adjudicación de contratos de servicios de socorro.

29. El Gobierno neerlandés considera que la República Federal de Alemania no ha incumplido las Directivas sobre contratación pública ni vulnerado los artículos 43 CE y 49 CE. En su opinión, los servicios públicos de socorro controvertidos constituyen servicios de interés económico general en el sentido del artículo 86 CE, apartado 2. Subraya a este respecto que la excepción recogida en el artículo 86 CE, apartado 2, también es aplicable en el ámbito de las libertades fundamentales. El Gobierno neerlandés finaliza sus alegaciones exponiendo los argumentos a favor de una aplicación de la excepción sectorial prevista en los artículos 45 CE y 55 CE. Este Gobierno se inclina a considerar que en los servicios de socorro objeto de litigio podrían concurrir los presupuestos de aplicación de estas disposiciones excepcionales.

VII. Apreciación jurídica

A. *Admisibilidad*

30. Una particularidad del recurso por incumplimiento con arreglo al artículo 226 CE es que la definición del objeto del litigio en el procedimiento administrativo previo delimita el objeto del subsiguiente procedimiento ante el Tribunal de Justicia. Es jurisprudencia reiterada que el dictamen motivado de la Comisión y el recurso deben reposar en los mismos motivos y alegaciones de tal manera que el Tribunal de Justicia no puede examinar una imputación que no haya sido formulada en el dictamen motivado. [4]

31. Este requisito de admisibilidad, que prohíbe que se amplíen en el recurso las imputaciones formuladas en el dictamen motivado, tiene la finalidad de proteger el derecho de defensa del Estado miembro interesado, al que debe dársele la ocasión, por una parte, de cumplir sus obligaciones derivadas del Derecho comunitario y, por otra, de formular adecuadamente las alegaciones que, en su defensa, estime pertinentes frente a las imputaciones de la Comisión. Este requisito es asimismo reflejo del principio procesal que exige, con carácter general, que el eventual

4 — Véanse las sentencias de 26 de marzo de 2009, Comisión/Italia (C-326/07, Rec. p. I-2291), apartado 29; de 24 de junio de 2004, Comisión/Países Bajos (C-350/02, Rec. p. I-6213), apartado 20; de 11 de mayo de 1989, Comisión/Alemania (76/86, Rec. p. 1021), apartado 8, y de 7 de mayo de 1987, Comisión/Bélgica (186/85, Rec. p. 2029), apartado 13.

procedimiento contencioso tenga por objeto un litigio claramente definido. [5]

32. A mi juicio, en la formulación de las pretensiones de su recurso en el presente asunto, la Comisión, de modo inadmisible, ha ido más allá de las imputaciones formuladas en el dictamen motivado. Para precisar y delimitar esta ampliación inadmisible del objeto del recurso examinaré en primer lugar la calificación de los servicios de socorro controvertidos a la luz del sistema de las Directivas sobre contratación pública. A continuación, precisaré cómo reformuló la Comisión en su escrito de interposición del recurso sus pretensiones del dictamen motivado y de qué manera dicha reformulación supone una modificación del objeto del litigio.

33. El hecho de que la República Federal de Alemania no haya objetado expresamente la inadmisibilidad de la ampliación del recurso carece, en cambio, de relevancia. Habida cuenta de que la prohibición de ampliar el objeto del litigio es una garantía esencial establecida por el Tratado y que su observancia es un requisito sustancial de forma de la regularidad del procedimiento por el que se declara un incumplimiento de un Estado miembro, [6] el Tribunal de Justicia puede apreciarla de oficio sin que la República Federal de Alemania deba haberla alegado. [7]

1. Servicios de socorro como servicios mixtos en el sistema de las Directivas sobre contratación pública

34. Tanto la Directiva 92/50 como la Directiva 2004/18 distinguen entre los denominados servicios prioritarios y los servicios no prioritarios. Los primeros se enumeran en el anexo I A de la Directiva 92/50 y en el anexo II A de la Directiva 2004/18, de idéntico contenido, y comprenden, entre otros, los servicios en el ámbito del transporte por vía terrestre. Los últimos se enumeran en el anexo I B de la Directiva 92/50 y en el anexo II B de la Directiva 2004/18, de idéntico contenido, y comprenden, entre otros, los servicios sanitarios. Desde la perspectiva de la contratación pública, la diferencia más importante entre los servicios prioritarios de los anexos I A y II A, y los servicios no prioritarios de los anexos I B y II B, reside en que sólo los servicios prioritarios están plenamente sujetos a la aplicación de las pertinentes Directivas sobre contratación pública. [8] En cambio, respecto

5 — Véanse las sentencias de 22 de marzo de 2007, Comisión/Bélgica (C-437/04, Rec. p. I-2513), apartados 39 y 40, y Comisión/Países Bajos, citada en la nota 4, apartados 18 y 19.

6 — Véase la sentencia de 27 de abril de 2006, Comisión/Alemania (C-441/02, Rec. p. I-3449), apartado 59.

7 — *Argumentum a fortiori* inferido del artículo 92, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. En este sentido, Karpenstein/Karpenstein, en: Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union,* artículo 226 TCE, marginal 82 (39ª ed. complementaria, estado a julio de 2009).

8 — Artículo 8 de la Directiva 92/50 y artículo 20 de la Directiva 2004/18.

a los servicios no prioritarios únicamente se prevé la aplicabilidad de las normas sobre especificaciones técnicas y que las entidades adjudicadoras deberán informar a la Comisión sobre la adjudicación de los contratos. [9]

35. En el asunto de autos es incontrovertido que los servicios de socorro contratados deben calificarse como servicios mixtos, que contienen elementos tanto de los servicios prioritarios como de los servicios no prioritarios. Esta consideración se desprende directamente de la sentencia Tögel, [10] en la que los servicios de transporte de heridos y enfermos acompañados por un enfermero se calificaron como contratos mixtos de servicios en el sentido del artículo 10 de la Directiva 92/50. [11] En estos supuestos, el transporte de pasajeros se considera un servicio prioritario, y la asistencia médica durante el transporte un servicio no prioritario.

36. Según el artículo 10 de la Directiva 92/50 y el artículo 22 de la Directiva 2004/18, los contratos mixtos de servicios prioritarios y servicios no prioritarios quedan sometidos íntegramente a las disposiciones de la pertinente Directiva sobre contratación pública cuando el valor de los servicios prioritarios sea superior al valor de los servicios no prioritarios. En caso contrario, el contrato mixto de servicios se adjudicará con arreglo a las normas sobre servicios no prioritarios.

2. Reformulación de las pretensiones en el escrito de interposición del recurso

37. En su dictamen motivado, la Comisión ha tenido en cuenta expresamente el carácter mixto de los servicios de socorro controvertidos tanto en el marco de la apreciación jurídica como en la formulación de cada una de las imputaciones.

38. En particular, la Comisión sostuvo en su dictamen motivado que en los servicios de socorro objeto del litigio prevalecen los servicios de transporte en el sentido del anexo I A de la Directiva 92/50 y del anexo II A de la Directiva 2004/18, de modo que la República Federal de Alemania, al adjudicar estos contratos, ha incumplido el artículo 10 de la Directiva 92/50, en relación con los títulos III y IV de la misma, y, desde el 1 de febrero de 2006, el artículo 22 de la Directiva 2004/18, en relación con los artículos 23 a 55 de dicha Directiva. Subsidiariamente, en caso de que en algunos de los supuestos expuestos prevaleciesen los servicios sanitarios en el sentido del anexo I B de la Directiva 92/50

9 — Artículo 9 de la Directiva 92/50 y artículo 21 de la Directiva 2004/18.

10 — Sentencia de 24 de septiembre de 1998, Tögel (C-76/97, Rec. p. I-5357), apartado 40.

11 — El transporte de pasajeros se considera un «servicio de transporte por vía terrestre» en el sentido de los servicios enumerados en la categoría 2 del anexo I A de la Directiva 92/50 y en la categoría 2 del anexo II A de la Directiva 2004/18. La asistencia médica forma parte de los «servicios sociales y de salud» enumerados en la categoría 25 del anexo I B de la Directiva 92/50 y en la categoría 25 del anexo II B de la Directiva 2004/18.

y del anexo II B de la Directiva 2004/18, la Comisión alega un incumplimiento del artículo 10, en relación con el artículo 16, de la Directiva 92/50, y, desde el 1 de febrero de 2006, del artículo 22, en relación con el artículo 35, apartado 4, de la Directiva 2004/18, y, en todo caso, una vulneración de los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios consagrados en los artículos 43 CE y 49 CE y del principio de no discriminación inherente a dichos principios.

39. En su recurso, la Comisión, de forma consciente, no se ha pronunciado acerca de la cuestión de si los servicios de socorro controvertidos constituyen primordialmente un servicio de transporte de pasajeros o si, por el contrario, están destinados fundamentalmente a la asistencia médica facilitada durante dicho transporte. A juicio de la Comisión, no es necesario pronunciarse sobre esta cuestión, ya que la práctica de adjudicación de contratos denunciada incumple en todo caso la obligación de notificación de los contratos adjudicados recogida en el artículo 16 de la Directiva 92/50 y en el artículo 35, apartado 4, de la Directiva 2004/18, y vulnera además el principio de no discriminación inherente a los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios.

40. Con esta reformulación de las pretensiones de su recurso, la Comisión modifica de modo inadmisible el objeto del procedimiento.

41. Mientras que en su dictamen motivado la Comisión consideró que la adjudicación de los servicios de socorro sólo incumplía el principio de no discriminación y la obligación de transparencia garantizados por el Derecho primario en los casos en los que prevalecía el elemento de asistencia médica, en su recurso mantiene una postura diferente y alega que el principio de no discriminación y la obligación de transparencia deberían haber sido respetados en todos los supuestos de adjudicación de servicios de socorro de los que se trata en los autos. Sin embargo, esto implica necesariamente que el principio de no discriminación y la obligación de transparencia también pueden resultar directamente vulnerados en el marco de la adjudicación de los servicios de socorro en los que prevalece el carácter de transporte, extremo que no fue alegado explícita ni implícitamente en el dictamen motivado.

42. La ampliación del objeto del recurso consiste, por lo tanto, en alegar en esta fase procesal una vulneración del principio de no discriminación y de la obligación de transparencia inherente a los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios también en la adjudicación de contratos mixtos de servicio de socorro en los que prevalece el carácter de transporte. En consecuencia, procede declarar la inadmisibilidad del presente recurso por lo que a este extremo se refiere.

43. El hecho de que las obligaciones en materia de licitación y publicidad previstas en las

Directivas sobre contratación pública sean una formulación en el Derecho derivado del principio de no discriminación y de la obligación de transparencia garantizados por el Derecho primario no resta validez a esta conclusión, por lo que sería inútil oponer que la Comisión, en definitiva, con las pretensiones ahora formuladas en su recurso sobre la base del Derecho primario, no ha ido más allá de las imputaciones hechas en su dictamen motivado. En efecto, es decisivo observar que, la Comisión denuncia en su recurso un incumplimiento del Derecho primario respecto a servicios mixtos prioritarios si bien en su dictamen motivado había alegado que estos servicios están comprendidos plenamente en el ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública y, por ende, sólo imputó un incumplimiento de dichas Directivas. Consecuentemente, la República Federal de Alemania no tuvo ocasión de abordar en el procedimiento administrativo previo la cuestión de si la adjudicación de contratos de prestación de servicios de socorro destinados fundamentalmente al transporte de personas y por lo tanto comprendidos plenamente en el ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública debe atenerse al principio de no discriminación y a la obligación de transparencia garantizados por el Derecho primario. [12]

44. Si se declarase la licitud de la modificación del objeto del recurso que he expuesto más arriba, se vulneraría de forma inaceptable el derecho de defensa de la República Federal de Alemania, ya que se privaría a este Estado miembro de la posibilidad de examinar en el procedimiento administrativo previo si la Comisión podía basar directamente su recurso en el incumplimiento del Derecho primario respecto a la adjudicación de servicios mixtos prioritarios.

45. Debe también señalarse que en determinados puntos de su recurso la Comisión parece imputar un incumplimiento del artículo 2 de la Directiva 2004/18 y, por lo tanto, parece pretender una condena de la República Federal de Alemania en este sentido. [13] En la medida en que las pretensiones del recurso indiquen en esta dirección, procede declarar la inadmisibilidad del mismo, toda vez que en el dictamen motivado no se imputa expresamente un incumplimiento del artículo 2 de la Directiva 2004/18.

12 — A este respecto, cabe preguntarse si el análisis de la adjudicación de los contratos controvertidos sobre la base del principio de no discriminación y de la obligación de transparencia garantizados por el Derecho primario es compatible con el principio de la aplicación prioritaria del Derecho derivado y con el espíritu y la finalidad del recurso por incumplimiento con arreglo al artículo 226 CE. Véanse los puntos 94 y ss. de las presentes conclusiones.

13 — Bajo el título «Incumplimiento del artículo 16 de la Directiva 92/50/CEE y del artículo 35, apartado 4, de la Directiva 2004/18/CE», la Comisión alega en el apartado 39 de su escrito de interposición del recurso de 15 de abril de 2008 que los artículos 14 y 16 de la Directiva 92/50 así como el artículo 23 y el artículo 35, apartado 4, de la Directiva 2004/18 son aplicables en todo caso en el asunto de autos. A continuación, en el apartado 40, la Comisión denuncia un incumplimiento del artículo 16 de la Directiva 92/50 o, en su caso, del artículo 35, apartado 4, de Directiva 2004/18. En el apartado 41, la Comisión alega que el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/50 y el artículo 2 de la Directiva 2004/18 también son aplicables en el asunto de autos pero no denunció expresamente su incumplimiento ni se extendió en más razonamientos sobre ambos artículos. No obstante, en el resumen de los motivos expuestos en el apartado 72 de su escrito de interposición del recurso, la Comisión denuncia el incumplimiento del artículo 10, en relación con el artículo 16, de la Directiva 92/50, y de los artículos 2 y 22, en relación con el artículo 35, apartado 4, de la Directiva 2004/18.

3. Conclusión

46. A la luz de estas reflexiones, llego a la conclusión de que procede declarar la inadmisibilidad del presente recurso por incumplimiento, en la medida en que se alega en él la vulneración del principio de no discriminación y de la obligación de transparencia, inherente a los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, respecto a la adjudicación de servicios de socorro en los que prevalece el carácter de transporte.

47. Si el Tribunal de Justicia apreciase que la Comisión también solicita en su recurso que se declare un incumplimiento del artículo 2 de la Directiva 2004/18, también debe desestimarse esta pretensión por ser inadmisible.

B. *Procedencia*

48. La República Federal de Alemania se opone al recurso por incumplimiento de la Comisión siguiendo tres líneas argumentativas. El Gobierno alemán invoca, en primer lugar, la excepción sectorial prevista en el artículo 45 CE y, con carácter subsidiario, la causa de justificación recogida en el artículo 86 CE, apartado 2. En segundo lugar, el Gobierno alemán niega algunos de los hechos alegados por la Comisión. En tercer lugar, el Gobierno alemán se opone a la pretensión de la Comisión de que se declare la existencia de una práctica de adjudicación contraria a la normativa sobre contratación pública.

49. En este contexto, comenzaré, a continuación, analizando la problemática de la adjudicación de contratos de servicios de socorro a la luz del artículo 45 CE, párrafo primero, en relación con el artículo 55 CE, así como a la luz del artículo 86 CE, apartado 2. Después analizaré cada uno de los nueve casos de adjudicación denunciados por la Comisión para comprobar, por último, si los resultados de dicho análisis justifican la afirmación de la existencia de una práctica de adjudicación de contratos contraria a la normativa sobre contratación pública.

1. Inaplicabilidad de la excepción sectorial prevista en el artículo 45 CE, párrafo primero

50. Según el artículo 45 CE, párrafo primero, en relación con el artículo 55 CE, las disposiciones del Derecho primario relativas a los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que en dicho Estado

estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público. En consecuencia, si una actividad en un Estado miembro está relacionada con el ejercicio del poder público, dicha actividad queda excluida de la aplicación de la normativa sobre libertad de establecimiento y libre prestación de servicios.

51. Esto mismo debe regir también para aquellas disposiciones del Derecho derivado adoptadas para alcanzar los objetivos de los capítulos sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios. En la medida en que estos instrumentos del Derecho derivado también regulen una actividad relacionada con el ejercicio del poder público, procede interpretar el Derecho derivado de conformidad con el Tratado y declarar que las mencionadas actividades quedan excluidas de dicha regulación en el Estado miembro interesado. [14]

52. Si se considerase que la prestación de servicios de transporte de urgencia y de transporte de enfermos objeto de las adjudicaciones de contratos controvertidas está relacionada con el ejercicio del poder público en el sentido del artículo 45 CE, párrafo primero, procedería desestimar por infundado el recurso de la Comisión en la medida en que imputa la vulneración de los principios de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios. Habida cuenta de que tanto la Directiva 92/50 como la Directiva 2004/18 se adoptaron sobre la base del artículo 47 CE, párrafo segundo, y del artículo 55 CE, y por ende, de las disposiciones del Derecho primario relativas a los capítulos sobre la libertad de establecimiento y sobre la libre prestación de servicios, procedería en este asunto desestimar por infundado también el motivo del recurso basado en el incumplimiento de las Directivas sobre contratación pública.

53. Sin embargo, parece dudoso, a mi entender, que la prestación de servicios de transporte de urgencia y de servicios de transporte de enfermos pueda ser calificada como una actividad relacionada, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público, en el sentido del artículo 45 CE, párrafo primero.

54. Sobre este extremo, hay que recordar ante todo que la interpretación del concepto «ejercicio del poder público» en el sentido del artículo 45 CE, párrafo primero, es autónoma. El ordenamiento jurídico comunitario no pretende, en principio, definir sus conceptos inspirándose en un ordenamiento jurídico nacional o en varios de ellos, si no se establece expresamente. [15]

14 — Véanse las conclusiones del Abogado General Lenz presentadas el 19 de septiembre de 1991 en el asunto Comisión/Grecia (C-306/89, Rec. p. I-5863), punto 28. Véase también Randelzhofer/Forsthoff en: Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union,* artículo 45 TCE, marginal 14 [39ª ed. complementaria, estado a julio de 2009].

15 — Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2007, Société Pipeline Méditerranée et Rhône (C-314/06, Rec. p. I-12273), apartado 21; de 22 de mayo de 2003, Comisión/Alemania (C-103/01, Rec. p. I-5369), apartado 33, y de 2 de abril de 1998, EMU Tabac y otros, (C-296/95, Rec. p. I-1605), apartado 30.

55. La respuesta a la cuestión de si una actividad guarda relación con el ejercicio del poder público en el sentido del artículo 45 CE, párrafo primero, depende, por lo tanto, de la definición comunitaria de poder público en el sentido de la mencionada disposición.

56. El concepto de ejercicio del poder público —y la participación en el mismo— en el sentido del artículo 45 CE presupone la facultad de usar prerrogativas que exceden del Derecho común, privilegios de poder público o poderes coercitivos que se imponen a los ciudadanos. [16]

57. Habida cuenta de la importancia fundamental que para el mercado interior tienen las libertades fundamentales, el artículo 45 CE, párrafo primero, eventualmente en relación con el artículo 55 CE, debe interpretarse restrictivamente, por tratarse de una excepción al principio de libertad de establecimiento y al de libre prestación de servicios. [17] Por consiguiente, no toda actividad que implique el ejercicio de prerrogativas que exceden del Derecho común, privilegios de poder público o poderes coercitivos que se imponen a los ciudadanos supone que sea aplicable la excepción del artículo 45 CE, párrafo primero. Es preciso además que esta participación en el ejercicio del poder público presente una intensidad e inmediatez suficientes.

58. La exigencia de que la actividad esté relacionada con el «ejercicio del poder público» en el sentido del artículo 45 CE, párrafo primero, presupone, en otras palabras, un ejercicio suficientemente cualificado de prerrogativas que exceden del Derecho común, privilegios de poder público o poderes coercitivos. El Tribunal de Justicia ha resumido este examen cualitativo de la participación en la autoridad pública exigiendo que la aplicación de la excepción prevista en el artículo 45 CE, párrafo primero, eventualmente en relación con el artículo 55 CE, se limite a las actividades que, consideradas en sí mismas, estén «directa» y «específicamente» relacionadas con el ejercicio del poder público. [18]

59. En su sentencia de 29 de octubre de 1998, [19] el Tribunal de Justicia destacó, en el marco de la apreciación sobre si la actividad de empresas privadas de seguridad en España estaba relacionada con el ejercicio del poder público, que aunque, en situaciones determinadas, dichas empresas privadas de seguridad estén obligadas a asistir a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, ello sólo constituye una función auxiliar. Por consiguiente,

16 — Conclusiones del Abogado General Mayras, presentadas el 28 de mayo de 1974 en el asunto Reyners (2/74, Rec. p. 665).

17 — El Tribunal de Justicia confirma este enfoque restrictivo en reiterada jurisprudencia alegando que la apreciación de las excepciones a la libertad de establecimiento previstas en el artículo 45 CE debe tener en cuenta el carácter comunitario de los límites impuestos por el citado artículo a la referida libertad. Véase la sentencia de 22 de octubre de 2009, Comisión/Portugal (C-438/08, Rec. p. I-10219), apartado 35.

18 — Véase la sentencia Comisión/Portugal, citada en nota 17, apartado 36, y las sentencias de 30 de marzo de 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Rec. p. I-2941), apartado 46, y de 13 de julio de 1993, Thijssen (C-42/92, Rec. p. I-4047), apartado 22.

19 — Comisión/España (C-114/97, Rec. p. I-6717), apartados 38 y 39.

las empresas privadas de seguridad no participan «directa» y «específicamente» en el ejercicio del poder público. Esta fue la solución propuesta por el Abogado General Alber en sus conclusiones presentadas en dicho asunto, indicando que la distinción entre funciones principales y auxiliares no debe entenderse como un criterio cuantitativo, sino cualitativo y que existe una diferencia gradual entre las respectivas competencias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y las de los servicios de seguridad privada. [20]

60. En términos similarmente estrictos se pronunció el Tribunal de Justicia en su sentencia de 22 de octubre de 2009, [21] en la que declaró que las actividades de las entidades privadas de inspección técnica de vehículos de que se trataba en el asunto en que recayó la sentencia no estaban comprendidas en la excepción prevista en el artículo 45 CE, incluso cuando estos organismos privados expedían certificaciones sobre las inspecciones técnicas que realizaban y, en este sentido, ejercían funciones de poder público. El Tribunal de Justicia señaló que este ejercicio de las prerrogativas de poder público no cumple el criterio cualitativo que exige que las actividades estén «directa» y «específicamente» relacionadas con el ejercicio del poder público en el sentido del artículo 45 CE. Al respecto, el Tribunal de Justicia indicó por una parte que con la certificación de la inspección técnica sólo se extraen las consecuencias jurídicas del respectivo control técnico, sin que el organismo de inspección goce de autonomía decisoria. Por otro lado, el Tribunal de Justicia señaló que la decisión de expedir o denegar la certificación de la inspección técnica se adopta en el marco de una supervisión estatal directa. [22]

61. Con anterioridad, el Tribunal de Justicia ya había declarado con motivo del análisis de la aplicabilidad de la excepción sectorial prevista en el artículo 45 CE, párrafo primero, respecto a los auditores ante entidades aseguradoras y entidades privadas de previsión, que no pueden considerarse relacionadas con el ejercicio del poder público a efectos de dicha excepción las funciones meramente auxiliares y preparatorias con respecto a la entidad que ejerce efectivamente el poder público al adoptar la resolución final. [23]

62. En resumen, procede afirmar que, en la actualidad, constituye jurisprudencia reiterada que el «ejercicio del poder público» en el sentido del artículo 45 CE, párrafo primero, debe cumplir estrictas exigencias

20 — Conclusiones del Abogado General Alber presentadas el 7 de mayo de 1998 en el asunto Comisión/España (C-114/97, Rec. p. I-6717), puntos 27 y 28. El Tribunal de Justicia confirmó su declaración de que, por lo general, la actividad de las empresas de vigilancia o de seguridad privada no está relacionada directa y específicamente con el ejercicio del poder público, en sus sentencias 13 de diciembre de 2007, Comisión/Italia (C-465/05, Rec. p. I-11091), apartados 31 y ss.; de 31 de mayo de 2001, Comisión/Italia (C-283/99, Rec. p. I-4363), apartados 20 y ss., y de 9 de marzo de 2000, Comisión/Bélgica (C-355/98, Rec. p. I-1221), apartados 25 y 26.

21 — Comisión/Portugal, citada en la nota 17.

22 — El Tribunal de Justicia ya había alcanzado anteriormente una conclusión similar en las sentencias de 29 de noviembre de 2007, Comisión/Alemania (C-404/05, Rec. p. I-10239), apartados 39 y ss., y Comisión/Austria (C-393/05, Rec. p. I-10195), apartados 37 y ss., respecto a las actividades de organismos privados encargados del control de los productos de la agricultura ecológica.

23 — Sentencia Thijssen, citada en la nota 18, apartados 17 y ss. Véase asimismo la sentencia Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, citada en la nota 18, apartados 44 y ss., respecto a ciertas actividades de asesoramiento y asistencia en materia tributaria por los Centros de Asesoramiento Fiscal en Italia.

cualitativas que hasta la fecha, casi sin excepción, han hecho fracasar la invocación del artículo 45 CE. [24]

63. A mi juicio, en el presente asunto, los prestadores de servicios de transporte de urgencia y de transporte de enfermos participan en cierta medida en el ejercicio del poder público, pero sus actividades no presentan las características cualitativas requeridas para la aplicabilidad del artículo 45 CE.

64. La República Federal de Alemania sostiene que el ejercicio del poder público reside, en primer lugar, en el hecho de que conforme al Derecho alemán los contratos de los que se trata se clasifican como contratos públicos. En segundo lugar, subraya las prerrogativas de poder público que la normativa sobre viabilidad y las disposiciones del Código de la circulación reconocen a los servicios de socorro, los cuales, haciendo uso de las luces azules de emergencia y de las sirenas con las que están equipados sus vehículos, pueden, en particular, impartir órdenes conminatorias a los demás usuarios de la vía pública, que deben acatarlas y cuyo incumplimiento está sancionado con multas administrativas. En tercer lugar, la República Federal de Alemania alega que los servicios de socorro participan con frecuencia en la organización de los servicios de socorro y en la ejecución de funciones públicas en el ámbito de la seguridad en caso de incendio y la protección civil y también apoyan las medidas policiales preventivas poniendo medios de rescate a disposición de los organismos de seguridad. En cuarto lugar, la República Federal de Alemania resalta el hecho de que, con frecuencia, el Derecho de los Estados federados alemanes prevé el nombramiento del personal de los servicios de socorro como funcionarios adscritos a la ejecución administrativa.

65. Estas alegaciones no son convincentes.

66. La República Federal de Alemania ignora, al efectuar esta primera alegación, el principio de que el ordenamiento jurídico comunitario no pretende, en principio, definir sus conceptos inspirándose en un ordenamiento jurídico nacional o en varios de ellos. [25] El hecho de que conforme al Derecho alemán la organización de los servicios de socorro controvertidos tenga un carácter jurídico-público es irrelevante en relación con la cuestión de si dichos servicios de socorro quedan comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 45 CE.

67. Aunque la República Federal de Alemania considere acertadamente que el uso de luces azules de emergencia y de sirenas supone el ejercicio de una prerrogativa de poder público por parte de los servicios de socorro,

24 — Véase, además de las sentencias ya citadas, la sentencia de 18 de diciembre de 2007, Jundt (C-281/06, Rec. p. I-12231), apartados 35 y ss., respecto al ejercicio de una actividad docente por cuenta de una universidad.

25 — Véase el punto 54 de las presentes conclusiones.

a mi juicio, esta concreta manifestación de la prerrogativa no alcanza la intensidad que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es necesaria para la aplicabilidad del artículo 45 CE. Las prerrogativas del poder público alegadas se reducen, por una parte, al especial equipamiento de los vehículos destinados a los servicios de socorro con luces azules de emergencia y sirenas, y, por otra parte, al carácter preferencial que en determinadas circunstancias gozan estos vehículos frente a los demás usuarios de la vía pública, de tal manera que el incumplimiento de estas prerrogativas por parte de estos últimos lleva aparejada la imposición de una sanción pecuniaria. A mi juicio, el relativamente reducido contenido de estas prerrogativas no cumple las exigencias cualitativas expuestas ligadas al ejercicio del poder público en el sentido del artículo 45 CE.

68. En este contexto, las alegaciones hechas por el Gobierno alemán, a saber, la participación de los prestadores de los servicios de socorro en la organización de dichos servicios y en la seguridad en caso de incendio y la protección civil así como el apoyo a los organismos de seguridad y a los bomberos mediante la puesta a disposición de medios de rescate, no convencen. Debe indicarse, por un lado, que, por regla general, la puesta a disposición de medios de rescate a favor de los organismos de seguridad son actividades de carácter meramente auxiliar y preparatorio, las cuales, según la jurisprudencia mencionada, no constituyen un ejercicio directo del poder público. Incluso en el supuesto de que los ejemplos de participación de los prestadores de los servicios de socorro en la organización de dichos servicios y en la seguridad en caso de incendio y la protección civil [26] expuestos por la República Federal de Alemania fuesen algo más que medidas de carácter meramente auxiliar y preparatorio, estas actividades tampoco cumplirían las exigencias cualitativas expuestas ligadas al ejercicio del poder público en el sentido del artículo 45 CE.

69. El argumento de que, con frecuencia, el Derecho de los Estados federados alemanes prevé el nombramiento del personal de los servicios de socorro como funcionarios adscritos a la ejecución administrativa decae ante el hecho de que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no puede admitirse una ampliación de la excepción autorizada por los artículos 45 CE y 55 CE a una profesión completa cuando las actividades que estén eventualmente relacionadas con el ejercicio del poder público constituyan un elemento separable del conjunto de la actividad profesional de que se trate. [27]

70. En virtud de todo lo expuesto, llego a la conclusión de que la prestación de los servicios de socorro controvertidos no constituye

26 — La República Federal de Alemania cita como ejemplos de funciones públicas realizadas por los prestadores de los servicios de socorro las medidas de restablecimiento, protección y aislamiento en caso de emergencia, y se remite en general a la participación de aquellos en la planificación, organización y gestión de los servicios de socorro, en el marco de las cuales estarían facultados para imponer deberes de información o notificación a terceros o para decidir sobre la intervención de otros servicios especializados.

27 — Sentencias Comisión/Alemania, citada en la nota 22, apartado 47, y Comisión/Austria, citada en la nota 22, apartado 45.

una actividad que, considerada en sí misma, esté directa y específicamente relacionada con el ejercicio del poder público. Por consiguiente, la excepción sectorial prevista en el artículo 45 CE, párrafo primero, no es aplicable en el presente asunto.

2. Ninguna causa de justificación en virtud del artículo 86 CE, apartado 2

71. Remitiéndose a la sentencia Ambulanz Glöckner, [28] la República Federal de Alemania alega con carácter subsidiario que los servicios de socorro deben considerarse como servicios de interés económico general en el sentido del artículo 86 CE, apartado 2, habida cuenta de que la causa de justificación contenida en esta disposición es plenamente extrapolable a los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios.

72. Esta argumentación no me convence.

73. Procede dar la razón a la República Federal de Alemania cuando alega que el Tribunal de Justicia, en sus sentencias de 23 de octubre de 1997, Comisión/Países Bajos, [29] y de 18 de junio de 1998, Corsica Ferries France, [30] declaró aplicable la causa de justificación en virtud del artículo 86 CE, apartado 2, a medidas estatales incompatibles con las disposiciones del Tratado en materia de libre circulación de mercancías y libre prestación de servicios, y por ende, confirmó que es posible invocar el artículo 86 CE, apartado 2, para justificar un incumplimiento del artículo 86 CE, apartado 1, en relación con las libertades fundamentales. [31]

74. No obstante, teniendo en cuenta la evolución reciente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se plantea en primer lugar la cuestión de si, en relación con ese punto, las sentencias Comisión/Países Bajos y Corsica Ferries France siguen plenamente válidas. Según la reciente jurisprudencia, el hecho de que una actividad esté excluida del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado relativas a la libre competencia no entraña que esa actividad también esté excluida del ámbito de aplicación de las disposiciones del mismo Tratado relativas a la libre circulación de personas o de servicios. [32]

75. Esta circunstancia suscita el interrogante de si no debería revisarse la línea jurisprudencial de las sentencias Comisión/Países Bajos y Corsica Ferries France por la que se extiende la aplicabilidad del artículo 86 CE, apartado 2, al ámbito de las libertades fundamentales,

28 — Sentencia de 25 de octubre de 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Rec. p. I-8089).

29 — C-157/94, Rec. p. I-5699, apartados 27 y ss.

30 — C-266/96, Rec. p. I-3949, apartado 59.

31 — También en este sentido, Mestmäcker/Schweitzer, en: Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht. Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*, 4ª ed. Múnich 2007, artículo 86 TCE, apartado 2, marginal 42; Pernice/Wernicke, en: Grabitz/Hilf, *loc. cit.*, nota 14, artículo 86 TCE, marginal 53.

32 — Sentencia de 11 de diciembre de 2007, International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union, «Wiking Line» (C-438/05, Rec. p. I-10779), apartado 53. Véase también la sentencia de 18 de julio de 2006, Meca-Medina (C-519/04 P, Rec. p. I-6991), apartados 31 a 34.

máxime si se tiene en cuenta que el Tribunal de Justicia, en su anterior jurisprudencia, parecía excluir dicha aplicabilidad. [33]

76. En el presente procedimiento no es necesario analizar más detenidamente esta cuestión, ya que la República Federal de Alemania no ha probado que concurran los requisitos de aplicabilidad del artículo 86 CE, apartado 2.

77. Corresponde al Estado miembro que invoca el artículo 86 CE, apartado 2, demostrar que concurren los requisitos previstos por esta disposición. [34]

78. Desde el punto de vista fáctico, el artículo 86 CE, apartado 2, exige en el asunto de autos la prueba de que los servicios de socorro controvertidos deben considerarse servicios de interés económico general, que una modificación de la práctica imputada de adjudicación de contratos públicos acorde con el Derecho comunitario impediría o perjudicaría, de hecho o de derecho, la prestación de los servicios y que la práctica denunciada no ha afectado al desarrollo de las operaciones comerciales de manera contraria al interés de la Comunidad.

79. Si bien podría quedar fuera de toda duda que los servicios de transporte de urgencia deben considerarse servicios de interés económico general en el sentido del artículo 86 CE, apartado 2, [35] la República Federal de Alemania no ha demostrado en el presente asunto que la práctica imputada de adjudicación de contratos públicos sea absolutamente necesaria y que el cumplimiento de la prestación de los servicios de socorro de los que se trata no pueda asegurarse adoptando otras medidas más conformes con el Derecho comunitario.

80. A este respecto, la República Federal de Alemania sólo alega que la integración de nuevos prestadores de servicios de socorro en el sistema de servicios de salvamento y socorrismo de una región podría dificultar o impedir las subvenciones cruzadas entre las zonas densamente edificadas, en las que la prestación de servicios de socorro es rentable, a favor de zonas con baja densidad de población donde lo es mucho menos. La República Federal de Alemania sostiene que la protección de las organizaciones de auxilio de carácter

33 — Sentencia de 10 de julio de 1984, Campus Oil y otros (72/83, Rec. p. 2727), apartado 19.

34 — Véase la sentencia de 23 de octubre de 1997, Comisión/Francia (C-159/94, Rec. p. I-5815), apartado 101.

35 — Véase la sentencia Ambulanz Glöckner, citada en la nota 28, apartado 55.

asociativo que operan en Alemania, inherente a la práctica imputada de adjudicación de contratos públicos actual, es necesaria, ya que el deber de protección civil incumbe a estas organizaciones. A su juicio, sólo estas organizaciones son capaces de garantizar, en caso de catástrofe, la intervención de ayudantes voluntarios residentes en las cercanías, a los que, por lo demás, debe brindarse la posibilidad de adquirir experiencia regularmente en las actividades de socorrismo.

81. En su escrito de réplica, la Comisión refutó el argumento de las subvenciones cruzadas alegando que no puede aducirse como argumento en contra de una adjudicación de los servicios de socorro en consonancia con el Derecho comunitario la aseveración de que los organismos que prestan dichos servicios de socorro requieren subvenciones cruzadas para garantizar la cobertura de los servicios en zonas menos rentables. A juicio de la Comisión, la diferente rentabilidad de los servicios en ciertas zonas podría compensarse mediante una remuneración más alta en las zonas menos rentables. Otra posibilidad sería la adjudicación combinada de servicios de transporte de urgencia y de transporte de enfermos para zonas definidas en términos geográficos, que comprendieran tanto zonas rentables como zonas menos rentables.

82. En su escrito de dúplica, la República Federal de Alemania no afirmó que, dadas las circunstancias fácticas y jurídicas del presente asunto, las alternativas de adjudicación propuestas por la Comisión dificultasen o incluso impidiesen la prestación de servicios de transporte de urgencia. Por lo tanto, procede desestimar la alegación basada en la necesidad de la práctica imputada de adjudicación de contratos públicos y las subvenciones cruzadas resultantes de la misma por no estar suficientemente motivada.

83. El mismo razonamiento es válido respecto a la alegación basada en el número de ayudantes voluntarios residentes en las cercanías. Al respecto, la Comisión señaló como alternativa de adjudicación conforme con el Derecho comunitario aquella en la que la disponibilidad *in situ* sea tenida en cuenta como criterio de selección. En su dúplica, la República Federal de Alemania tampoco objetó fundadamente esta posibilidad.

84. En virtud de todo lo expuesto, llego a la conclusión de que la República Federal de Alemania no ha aportado los elementos de prueba que acrediten que la práctica impugnada de adjudicación de contratos de servicios de socorro cumple los requisitos de aplicación del artículo 86 CE, apartado 2. Por lo

tanto, procede desestimar por infundada su invocación del artículo 86 CE, apartado 2.

3. Análisis de los nueve casos de adjudicación impugnados

85. La Comisión denuncia nueve procedimientos de adjudicación de contratos de prestación de servicios de socorro en cuatro Estados federados alemanes. Sobre la base de dichos procedimientos pretende que se declare la existencia de una práctica ilícita de adjudicación de contratos públicos en la República Federal de Alemania. Teniendo en cuenta que una práctica ilícita sólo existe en la medida en que del análisis de los diferentes procedimientos de adjudicación se infiera un incumplimiento efectivo de las disposiciones del Derecho comunitario, procederé en primer lugar a analizar si, y, en su caso, en qué medida, se han vulnerado, en cada uno de los procedimientos de adjudicación denunciados, las disposiciones y principios del Derecho comunitario invocados por la Comisión.

a) Adjudicación de contratos por la ciudad de Magdeburgo (Sajonia-Anhalt)

86. Según declara la Comisión, a partir de octubre de 2005, la ciudad de Magdeburgo, en condición de entidad adjudicadora, adjudica los contratos onerosos de prestación de servicios de socorro siguiendo un «procedimiento de licencias». El objeto de dichos contratos es la puesta a disposición de vehículos y personal para los servicios de urgencia y el transporte especial de enfermos en el período comprendido entre 2007 y 2011, y su valor supera los 7 millones de euros anuales. Según la denuncia, no tuvo lugar ninguna licitación a escala europea.

87. La República Federal de Alemania no se opone a esta exposición de los hechos.

88. La Comisión sostiene que esta práctica de adjudicación de contratos supone un incumplimiento del artículo 16 de la Directiva 92/50 o, en su caso, del artículo 35, apartado 4, de la Directiva 2004/18. A juicio de la Comisión, dicha práctica también vulnera el principio de no discriminación y la obligación de transparencia cubiertos por los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios.

i) Incumplimiento del artículo 16 de la Directiva 92/50 o, en su caso, del artículo 35, apartado 4, de la Directiva 2004/18

89. Estoy de acuerdo con la Comisión cuando alega que la adjudicación impugnada del contrato realizada por la ciudad de Magdeburgo ha vulnerado en todo caso el artículo 16 de la

Directiva 92/50 o, en su caso, el artículo 35, apartado 4, de la Directiva 2004/18.

prevalecía el valor del componente de transporte o el de la asistencia médica.

ii) Inexistencia de vulneración del principio de no discriminación y de la obligación de transparencia consagrados en el Derecho primario

90. Según las declaraciones, no cuestionadas, de la Comisión, la ciudad de Magdeburgo celebró, en condición de entidad adjudicadora en el sentido de las Directivas sobre contratación pública, con un prestador un contrato de servicios de socorro a título oneroso por escrito, cuyo valor estimado supera los umbrales fijados por la Directiva 92/50 y la Directiva 2004/18. Aunque no haya sido determinada con precisión la fecha de cada una de las fases jurídicamente relevantes en materia de adjudicación de contratos públicos —la Comisión declara que el procedimiento se realiza a partir de octubre de 2005— y, por tanto, no se haya constatado si la adjudicación denunciada debe analizarse total o parcialmente a la luz de la Directiva 92/50 o, por el contrario, de la Directiva 2004/18, [36] la falta de datos más exactos sobre el desarrollo cronológico de la adjudicación en el presente asunto no justifica una negación del incumplimiento de las disposiciones en materia de adjudicación de contratos públicos. Tanto durante la vigencia de la Directiva 92/50 como durante la vigencia de la Directiva 2004/18, la ciudad de Magdeburgo estaba obligada a notificar los contratos adjudicados (artículo 16 de la Directiva 92/50 y artículo 35, apartado 4, de la Directiva 2004/18) con independencia de la cuestión de si en los servicios de socorro

— Análisis de la procedencia sobre la base de la inadmisión parcial del motivo del recurso basado en el incumplimiento del Derecho primario

91. Como ya he puesto de manifiesto en mis observaciones sobre el análisis de la admisibilidad, el recurso interpuesto en el presente asunto debe declararse inadmisible en la medida en que solicita que se declare que la adjudicación de contratos de prestación de servicios de socorro destinados fundamentalmente al transporte de personas ha vulnerado el principio de no discriminación y la obligación de transparencia, inherente a los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios. [37]

92. Por consiguiente, el motivo del recurso basado en la vulneración de estos principios consagrados en el Derecho primario sólo puede declararse admisible en cuanto que el mismo denuncia la adjudicación de servicios

36 — Determinante es el Derecho en vigor en el momento en que debe realizarse u omitirse la actuación. Véase al respecto Egger, A., *Europäisches Vergaberecht,* Baden-Baden, 2008, apartado 416. Véase también la sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia (C-337/98, Rec. p. I-8377), apartados 38 y ss.

37 — Véanse los puntos 30 y ss. de las presentes conclusiones.

de socorro destinados fundamentalmente a la asistencia médica.

93. Considero que para poder declarar fundado este motivo del recurso, limitado en el sentido expuesto, la Comisión tendría que aportar ante todo las pruebas que acreditaran que el procedimiento de adjudicación por ella impugnado tenía por objeto la prestación de servicios de socorro destinados fundamentalmente a la asistencia médica. Sin embargo, la Comisión no ha formulado en el presente asunto ninguna alegación sobre este extremo, y mucho menos, lo ha demostrado. Al contrario, la Comisión sostiene que no es preciso pronunciarse en el presente asunto acerca de la cuestión de si los servicios controvertidos estaban destinados fundamentalmente al transporte de personas o a la asistencia médica.

94. Habida cuenta de que en un procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 226 CE incumbe a la Comisión probar la existencia del incumplimiento alegado y aportar al Tribunal de Justicia los datos necesarios para que éste pueda verificar la existencia de tal incumplimiento, [38] y que la Comisión, a la luz de lo expuesto anteriormente, no ha cumplido su obligación de alegar los hechos ni la carga de probarlos, estimo que debe desestimarse por infundada la parte admisible del motivo del recurso basado en la vulneración del principio de no discriminación y de la obligación de transparencia, inherentes a los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios.

— Con carácter subsidiario: análisis de la procedencia en caso de que el motivo basado en el incumplimiento del Derecho primario fuese declarado admisible en su totalidad

95. Aun cuando el Tribunal de Justicia, en contra de lo que aquí sostengo, declarase admisible en su totalidad el motivo basado en la vulneración del principio de no discriminación y de la obligación de transparencia, inherente a los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, habría de examinarse el fundamento de este motivo en su totalidad.

96. En el marco de esta hipótesis, el análisis de la procedencia parte del hecho de que la Comisión, conscientemente, no se pronunció acerca de la cuestión de si los servicios de socorro controvertidos estaban destinados fundamentalmente al transporte de personas o a la asistencia médica. Por lo tanto, no se puede determinar si estos servicios de socorro, como servicios mixtos en el sentido de la Directiva 92/50 y de la Directiva 2004/18, están plenamente sujetos a la aplicación de las

38 — Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 29 de octubre de 2009, Comisión/Finlandia (C-246/08, Rec. p. I-10605), apartado 52; de 6 de octubre de 2009, Comisión/Suecia (C-438/07, Rec. p. I-9517), apartado 49, y de 13 de noviembre de 2007, Comisión/Irlanda (C-507/03, Rec. p. I-9777), apartado 33.

Directivas sobre contratación pública [39] y, por lo tanto, hubieran debido ser objeto de una licitación que respetara los procedimientos de adjudicación previstos en estas Directivas. La Comisión ha intentado eludir este problema, imputando en su recurso una vulneración general del principio de no discriminación y de la obligación de transparencia, inherentes a los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios.

97. Sin embargo, como consecuencia de esta táctica procesal de la Comisión en el presente asunto, se plantea la cuestión de principio de si la Comisión, cuando compruebe que un Estado miembro puede haber incumplido tanto el Derecho primario como las disposiciones de las Directivas 92/50 y 2004/18, es libre de decidir en el marco de un procedimiento con arreglo al artículo 226 CE si motiva su recurso sobre la base del Derecho primario o, por el contrario, la basa en las Directivas sobre contratación pública. Abordaré esta cuestión a continuación a la luz del principio de aplicación prioritaria del Derecho derivado y atendiendo al espíritu y la finalidad del procedimiento previsto en el artículo 226 CE.

98. Después, analizaré las exigencias, más estrictas, del Derecho primario a las que, según la reciente jurisprudencia, está sujeta la prueba de un interés transfronterizo en el marco de la adjudicación de servicios no prioritarios y expondré las consecuencias que de dicha jurisprudencia se infieren para la apreciación del caso de autos.

Principio de la aplicación prioritaria del Derecho derivado

99. Según reiterada jurisprudencia, el principio de aplicación prioritaria del Derecho derivado establece que cuando en el Derecho comunitario un ámbito ha sido armonizado con carácter exhaustivo mediante Derecho derivado, toda normativa nacional adoptada en dicho ámbito debe apreciarse a la luz de las disposiciones del instrumento de Derecho derivado y no a la luz de las disposiciones del Tratado CE. [40]

100. En el presente procedimiento, la Comisión denuncia respecto al Derecho primario, en esencia, la vulneración del principio de no discriminación y de la obligación de transparencia, inherentes a los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios.

39 — Véanse los puntos 34 y ss. de las presentes conclusiones.

40 — Véase la sentencia de 11 de diciembre de 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Rec. p. I-14887), apartado 64.

101. Según reiterada jurisprudencia, el principio de igualdad de trato consagrado en el Derecho primario implica en materia de contratación pública que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas, con independencia de su nacionalidad. [41] De esta exigencia de igualdad de trato y de la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad se infiere una obligación de transparencia que consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la adjudicación de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación. [42]

102. Esta exigencia de igualdad de trato y de una transparencia suficiente, consagrada en el Derecho primario, ha sido objeto de una amplia armonización en la Directiva 92/50 y en la Directiva 2004/18, que establecieron una normativa muy detallada que engloba diversas obligaciones de información, comunicación y publicidad. Estos deberes de transparencia del Derecho derivado denotan una detallada armonización, que en algunos aspectos se califica de armonización completa. [43]

103. A la luz de la aplicación prioritaria del Derecho derivado se plantea en el presente procedimiento la cuestión de si la Comisión puede denunciar una vulneración del principio de no discriminación y de la obligación de transparencia derivada del mismo, aunque la adjudicación de los contratos controvertidos, en caso de considerar que el elemento determinante, desde el punto de vista del valor, fuese el de transporte, hubiera estado íntegramente sujeta a las Directivas sobre contratación pública, [44] y aunque el principio de no discriminación y la obligación de transparencia, inherentes a los principios de

41 — Sentencia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen (C-458/03, Rec. p. I-8585), apartado 48.

42 — Sentencias de 15 de octubre de 2009, Acoset (C-196/08, Rec. p. I-9913), apartado 49, y de 6 de abril de 2006, ANAV (C-410/04, Rec. p. I-3303), apartado 21. Sobre la relación entre el principio de no discriminación y la obligación de transparencia, véanse las sentencias Comisión/Irlanda, citada en la nota 38, apartados 30 y 31; de 21 de febrero de 2008, Comisión/Italia (C-412/04, Rec. p. I-619), apartado 66; de 21 de julio de 2005, Coname (C-231/03, Rec. p. I-7287), apartados 17 y 18, y de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress (C-324/98, Rec. p. I-10745), apartados 60 y ss.

43 — Se considera, en general, que la Directiva 92/50 y la Directiva 2004/18 no persiguen una armonización global de las adjudicaciones de contratos públicos comprendidos en sus respectivos ámbitos de aplicación. Así se desprende de los títulos de estas Directivas, referidas a la «coordinación» de los procedimientos de adjudicación de contratos. El hecho de que con estas Directivas se haya perseguido una armonización mínima no excluye que, no obstante, algunos ámbitos hayan sido objeto de una armonización exhaustiva. Habida cuenta de la detallada normativa que estas Directivas contienen en materia de obligaciones de información, comunicación y publicidad en cada uno de los procedimientos de adjudicación, sobre todo en este ámbito es extremadamente difícil trazar la línea divisoria entre una muy detallada armonización mínima y una armonización exhaustiva. Como señaló con buen criterio el Abogado General Mazák en sus conclusiones de 22 de septiembre de 2009 en el asunto Comisión/Francia (C-299/08), puntos 12 y ss., y posteriormente confirmó el Tribunal de Justicia en su sentencia de 10 de diciembre de 2009, Comisión/Francia (C-299/08, Rec. p. I-11587), apartados 28 y ss., la enumeración de los procedimientos de adjudicación de contratos contenida en los artículos 28 y ss. de la Directiva 2004/18 es taxativa. De ello se deduce directamente que algunas de las disposiciones relativas a estos procedimientos suponen una armonización completa.

44 — Si, por el contrario, la Comisión hubiera probado que los servicios de socorro deben considerarse como contratos de servicios no prioritarios y que, por lo tanto, sólo están sujetos parcialmente a las Directivas sobre contratación pública, hubieran podido aplicarse los principios derivados de los artículos 43 CE y 49 CE, siempre que hubiera existido un claro interés transfronterizo, según reiterada jurisprudencia. Véase la sentencia Comisión/Irlanda, citada en la nota 38, apartados 29 y 30.

libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, hayan sido objeto de una detallada armonización, en algunos ámbitos incluso exhaustiva, en estas Directivas.

104. Hasta el día de hoy, esta cuestión no ha sido definitivamente dilucidada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

105. Está demostrado que la aplicación prioritaria del Derecho derivado excluye la posibilidad de invocar las causas de justificación que el Derecho primario prevé en caso de injerencia en las libertades fundamentales, si la injerencia afecta a un ámbito en el que dichas causas de justificación han sido objeto de una armonización exhaustiva. [45] *A sensu contrario,* una norma nacional mediante la cual un Estado miembro cumple sus obligaciones derivadas de una norma de Derecho derivado no puede calificarse de vulneración de las libertades fundamentales. [46] Admitir que una justificación prevista por el Derecho primario se oponga a una prohibición del Derecho derivado o que una obligación impuesta por el Derecho derivado contravenga una prohibición recogida en el Derecho primario, equivaldría a desvirtuar la aplicación del Derecho derivado. [47]

106. Si bien en varias sentencias prejudiciales se ha confirmado que las medidas nacionales no pueden evaluarse en relación con las libertades fundamentales en caso de armonización comunitaria con carácter exhaustivo, [48] hasta la fecha aún no se ha aclarado la cuestión de si ya no puede alegarse directamente la vulneración de las libertades fundamentales en el marco de un procedimiento por incumplimiento cuando la actuación imputada constituye o podría constituir al mismo tiempo un incumplimiento del Derecho derivado con el que ha sido armonizado de forma exhaustiva el ámbito incluido en estas libertades fundamentales. [49]

107. A mi juicio, la vulneración del principio de no discriminación y de la obligación de transparencia, inherentes a los principios

45 — Sentencias de 24 de marzo de 2009, Danske Slagterier (C-445/06, Rec. p. I-2119), apartado 25; de 11 de julio de 1996, Bristol-Myers Squibb y otros (C-427/93, C-429/93 y C-436/93, Rec. p. I-3457), apartado 25; de 30 de noviembre de 1983, Van Bennekom (227/82, Rec. 3883), apartado 35, y de 5 de octubre de 1977, Tedeschi (5/77, Rec. p. 1555), apartados 33 y ss.

46 — Véase la sentencia Deutscher Apothekenverband, citada en la nota 40, apartados 52 y ss.

47 — En este sentido, Randelzhofer/Forsthoff, en Grabitz/Hilf, *loc. cit.,* nota 14, comentario preliminar a los artículos 39-55 TCE, marginal 149.

48 — Como sentencia que sienta jurisprudencia cabe remitirse a la sentencia de 12 de octubre de 1993, Vanacker y Lesage (C-37/92, Rec. p. I-4947). Véanse también las sentencias de 17 de abril de 2007, AGM-COS.MET (C-470/03, Rec. p. I-2749), apartados 50 y ss.; de 13 de enero de 2005, Denkavit (C-145/02, Rec. p. I-51), apartados 22 y ss.; de 14 de diciembre de 2004, Radlberger Getränkegesellschaft (C-309/02, Rec. p. I-11763), apartados 52 y ss., y de 13 de diciembre de 2001, Daimler Chrysler (C-324/99, Rec. p. I-9897), apartados 32 y ss.

49 — A favor de una restricción del alcance de las libertades fundamentales a través de instrumentos de Derecho derivado que llevan a cabo una armonización completa, véase Kingreen, T., *Kommentar zu EUV/EGV,* Calliess, C./Ruffert, M., editores, 3ª ed., 2007, artículos 28 a 30 TCE, apartado 18.

de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, ya no puede alegarse directamente en el marco de un procedimiento por incumplimiento cuando la actuación imputada constituye al mismo tiempo un incumplimiento de una normativa del Derecho derivado con la que se lleva a cabo una armonización completa. Reconocer a la Comisión esta posibilidad de elección entre imputar una violación de las libertades fundamentales o de la normativa del Derecho comunitario que ha sido completamente armonizada supondría socavar gravemente la aplicación del Derecho derivado.

108. La particularidad de los instrumentos de Derecho derivado que llevan a cabo una armonización completa consiste en que los Estados miembros no pueden ampliar ni restringir las exigencias comunitarias pertinentes. Ante estas circunstancias, la normativa que ha sido completamente armonizada está, en principio, definida en términos muy concretos. Por lo tanto, cuando un ámbito incluido en una de las libertades fundamentales es objeto de una armonización completa por parte del Derecho derivado, es prácticamente imposible que el Derecho primario y el Derecho derivado impongan a los Estados miembros exactamente las mismas obligaciones, ya que mediante la normativa del Derecho derivado tiene lugar una determinación y una delimitación de las libertades fundamentales plasmadas en derechos y obligaciones concretos. Por el contrario, las disposiciones del Derecho primario son de carácter más general y su cumplimiento puede, en principio, adoptar formas diversas. Esta disparidad en la profundidad de la reglamentación da lugar forzosamente a una tensión entre los contenidos del Derecho primario y los del Derecho derivado plenamente armonizado, especialmente entre una «justificación prevista por el Derecho primario» y una «prohibición del Derecho derivado» o al revés.

109. En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia antes citada relativa a la inaplicabilidad de las causas de justificación del Derecho primario en la medida en que éstas han sido objeto de una armonización exhaustiva, esta tensión entre la «justificación prevista por el Derecho primario» y la «prohibición del Derecho derivado» se resuelve a favor de la prohibición del Derecho derivado, al que de este modo se le reconoce una aplicación prioritaria. Sobre la base de esta misma ponderación de intereses, la tensión que en términos generales existe entre una libertad fundamental consagrada en el Derecho primario, de contenido más abstracto y escasamente delimitada, por un lado, y la posterior reglamentación de la misma a través de normas de Derecho derivado que llevan a cabo una armonización completa concretando y delimitando su contenido, por otro, debe desaparecer a favor de la reglamentación del Derecho derivado, [50] tal y como confirma una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia elaborada en sentencias dictadas con carácter prejudicial. [51]

50 — Aunque la sentencia Danske Slagterier (citada en la nota 45), apartados 18 y ss., haya confirmado el derecho de un ciudadano a invocar la libre circulación de mercancías a pesar de la existencia de dos Directivas armonizadoras, el Tribunal de Justicia no se pronunció en dicha sentencia contra la aplicación prioritaria del Derecho derivado en el sentido aquí referido. Como puse de relieve en el punto 82 de mis conclusiones presentadas el 4 de septiembre de 2008 en el asunto en que recayó esta sentencia, nada indica que el legislador comunitario también haya querido, mediante dichas Directivas, configurar los derechos de los ciudadanos de la Unión y, de esta forma, privarles de la posibilidad de invocar los derechos a la libre circulación de mercancías que les confiere el artículo 28 CE.

51 — Véase al respecto la jurisprudencia citada en la nota 48.

110. Teniendo en cuenta las precedentes reflexiones, la Comisión, cuando compruebe que un Estado miembro puede haber incumplido tanto las disposiciones del Derecho primario como las disposiciones del Derecho derivado que, basadas en aquél, llevan a cabo una armonización exhaustiva, no puede limitarse a alegar globalmente una infracción del Derecho primario en el marco de un procedimiento por incumplimiento.

111. El mismo principio debe aplicarse en un caso como el presente, en el que se imputa una vulneración del principio de no discriminación y de la obligación de transparencia derivados de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios, aun cuando las Directivas sobre contratación pública podrían ser plenamente aplicables y en la mismas se regule de forma detallada, en algunos aspectos incluso exhaustivamente, la obligación de transparencia. Habida cuenta de la concretización extremadamente detallada que de la obligación de transparencia se hace en las Directivas sobre contratación pública, también aquí se plantea el problema de la tensión existente entre una «justificación prevista por el Derecho primario» y una «prohibición del Derecho derivado» y viceversa, que, a la luz de la apreciación anteriormente expuesta, debe resolverse en favor de la reglamentación establecida por el Derecho derivado. [52]

112. Conforme a estas consideraciones, en un caso como el presente, la Comisión no puede limitarse a alegar globalmente una violación del principio de no discriminación y de la obligación de transparencia inherentes a los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios.

113. Un análisis detallado del espíritu y la finalidad del procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 226 CE corrobora esta afirmación. Este procedimiento cumple, en esencia, una función jurídica objetiva, a saber, la aplicación uniforme y la salvaguarda del Derecho comunitario. [53] Por consiguiente, el objetivo del procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 226 CE no es la imposición de sanciones a los Estados miembros. La constatación de que una determinada operación o circunstancia es contraria al Derecho comunitario no es un fin en

52 — Al respecto, debe recordarse que con una armonización mínima se determinan los estándares mínimos que deben alcanzar los Estados miembros. Cuando esta armonización mínima establece normas estrictas sobre los procedimientos y plazos que deben observarse para garantizar el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia, puede originarse esta tensión con las disposiciones del Derecho primario con la misma intensidad que en caso de una total armonización.

53 — Gaitanides, C., en: von der Groeben, H., Schwarze, J. (editor), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft,* 6ª ed., Baden-Baden, 2003, artículo 226 CE, marginal 2. Véase también Rengeling, H.W./Middeke, A./Gellermann, M., *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union,* 2ª ed., Múnich, 2003, apartado 6, nº 2.

sí misma, sino que a través de ella lo que se pretende es fundamentalmente cerciorarse de si existe una situación contraria al Derecho comunitario y, de ser así, en qué medida. La declaración del Tribunal de Justicia de que se ha producido un incumplimiento por parte de un Estado miembro está destinada asimismo a determinar las medidas impuestas por el Derecho comunitario para restablecer la situación conforme con este último. [54]

114. Si en un procedimiento como el presente se constatase con carácter general que la República Federal de Alemania ha vulnerado con la adjudicación de contratos denunciada el principio de no discriminación y la obligación de transparencia recogidos en el Derecho primario, pero no se aclarase si los servicios mixtos controvertidos son de carácter fundamentalmente prioritario y, por lo tanto, si están plenamente sujetos a las Directivas sobre contratación pública, sería imposible determinar *a posteriori* con seguridad qué medidas impone el Derecho comunitario para restablecer una situación conforme con este último. En caso de que los servicios de socorro estuviesen plenamente sometidos a las Directivas sobre contratación pública, los detallados requisitos de estas últimas no se cumplirían con la observancia de la obligación de transparencia recogida en el Derecho primario, al tener éste un contenido menos delimitado y concretizado. [55]

115. Estas reflexiones me llevan a concluir que la adjudicación de contratos realizada por la ciudad de Magdeburgo que censura la Comisión no puede evaluarse atendiendo al principio de no discriminación y a la obligación de transparencia, inherentes a los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, teniendo en cuenta la aplicación prioritaria del Derecho derivado y la finalidad del procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 226 CE.

Prueba de un interés transfronterizo en la adjudicación de servicios no prioritarios

116. Las situaciones puramente internas no están comprendidas, en principio, en el ámbito de aplicación de las libertades

54 — Véase Gaitanides, C., *loc. cit.*, nota 53, marginal 12, quien sostiene que el procedimiento con arreglo al artículo 226 CE no versa sobre la responsabilidad de los Estados miembros en el sentido del Derecho internacional público ni tampoco sobre la condena de los mismos, sino que persigue una constatacion fáctica objetiva. En su opinión, el procedimiento tiene una función meramente reguladora y lo único que pretende es obligar a los Estados miembros a poner fin al incumplimiento en el que están incurriendo. La acusación pública del Estado miembro incumplidor no puede nunca constituir la finalidad del procedimiento por incumplimiento, sino, en todo caso, un efecto colateral del mismo.

55 — Si bien la obligación de transparencia exige, según reiterada jurisprudencia, garantizar en beneficio de todo contratista potencial una publicidad adecuada, no implica necesariamente la obligación de convocar una licitación. Véanse las sentencias de 13 de noviembre de 2008, Coditel Brabant (C-324/07, Rec. p. I-8457), apartado 25, y Coname, citada en la nota 42, apartado 21. A este respecto, Egger, *loc. cit.*, nota 36, apartados 147 y ss., señala que las disposiciones del Derecho primario conceden a los Estados miembros un margen de actuación mucho más amplio que las Directivas sobre contratación pública. En este sentido, resalta con buen criterio que no sólo rigen unas normas de control diferentes, sino que las disposiciones del Derecho primario son más generales y por ende, menos estrictas y detalladas. Véase I.J. van den Berge, «De reikwijdte van het transparantiebeginsel bij de verlening van dienstenconcessies», *NTER* 2005, pp. 241, 243, según la cual, de los artículos 28 CE, 43 CE y 49 CE apenas pueden inferirse reglas con validez general relativas a las obligaciones de transparencia que deben observarse.

fundamentales. Por consiguiente, si la Comisión denuncia una vulneración del principio de no discriminación y de la obligación de transparencia, inherentes a los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, debe aportar las pruebas que demuestren un interés transfronterizo en la adjudicación controvertida.

117. En su sentencia de 13 de noviembre de 2007, Comisión/Irlanda, [56] el Tribunal de Justicia resaltó por lo que respecta a los servicios incluidos en el anexo I B de la Directiva 92/50 que, si bien estos servicios quedan sometidos a los principios consagrados por el Tratado en materia de derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios, la Comisión debe aportar siempre la prueba de la existencia de un interés transfronterizo cierto en los servicios de los que se trata. Por lo tanto, la mera indicación de la Comisión de que ha recibido una denuncia en relación con el contrato controvertido, no puede bastar para demostrar que dicho contrato presenta un interés transfronterizo cierto y acreditar, en consecuencia, la existencia de un incumplimiento. [57]

118. Este estricto control de la existencia de un interés transfronterizo en la adjudicación de servicios no prioritarios se explica, al menos en parte, por el hecho de que el legislador comunitario considera que los contratos de servicios incluidos en el anexo I B de la Directiva 92/50 y en el anexo II B de la Directiva 2004/18 carecen *a priori* de relevancia transfronteriza. Por este motivo, la Directiva 92/50 y la Directiva 2004/18 imponen, para esta categoría de servicios, únicamente una publicidad *a posteriori*. [58]

119. Habida cuenta de que en el marco de un procedimiento por incumplimiento incumbe a la Comisión el deber de aportar al Tribunal de Justicia todos los elementos necesarios para que éste aprecie el caso, aquélla no puede pretender eludir las estrictas exigencias impuestas por el Derecho primario a la prueba de un interés transfronterizo en la adjudicación de servicios mixtos de carácter fundamentalmente no prioritario dejando abierta conscientemente la calificación jurídica de los servicios mixtos controvertidos. Por consiguiente, la Comisión debe aportar también en un caso como el presente la prueba de un interés transfronterizo en la adjudicación de los servicios de los que se trata, ajustándose a los estrictos requisitos establecidos por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 13 de noviembre de 2007, Comisión/Irlanda, respecto a los servicios no prioritarios.

120. Como prueba de la existencia de un interés transfronterizo en la adjudicación de servicios llevada a cabo por la ciudad de Magdeburgo, la Comisión se limita a remitirse a una denuncia general relativa a la adjudicación de

56 — Citada en la nota 38, apartados 29 y ss.
57 — *Ibidem,* apartado 34.
58 — *Ibidem,* apartado 25. Véase también Frenz, W., *Handbuch Europarecht,* Tomo III, *Beihilfe- und Vergaberecht,* Berlín y otros, 2007, apartado 2116.

servicios de socorro en Alemania y a la envergadura económica de los servicios controvertidos, alegando que, debido al ingente volumen del contrato, ha de presumirse necesariamente un interés generalizado por parte de los prestadores de servicios extranjeros. En mi opinión, estas observaciones generales realizadas por la Comisión que, por lo demás, en ningún momento aluden a la adjudicación realizada por la ciudad de Magdeburgo y se basan en parte en presunciones, no satisfacen las exigencias impuestas a la prueba de un interés transfronterizo en la adjudicación de servicios no prioritarios.

121. Por falta de prueba de la repercusión transfronteriza, la alegación formulada por la Comisión de que con la adjudicación de los servicios realizada por la ciudad de Magdeburgo se han vulnerado asimismo el principio de no discriminación y la obligación de transparencia, inherentes a los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, ha de desestimarse por infundada.

iii) Conclusión

122. A la luz de las consideraciones precedentes concluyo que la adjudicación impugnada realizada por la ciudad de Magdeburgo supone un incumplimiento por la República Federal de Alemania del artículo 16 de la Directiva 92/50 o, en su caso, del artículo 35, apartado 4, de la Directiva 2004/18. Por lo demás, las alegaciones de la Comisión relativas a la adjudicación de servicios por la ciudad de Magdeburgo deben desestimarse por ser inadmisibles o, al menos, deben desestimarse por ser infundadas.

b) Los casos de adjudicación de contratos por la ciudad de Bonn (Renania del Norte-Westfalia), la ciudad de Witten (Renania del Norte-Westfalia), la región de Hannover (Baja Sajonia) y la comarca de Hameln-Pyrmont (Baja Sajonia)

123. Por lo que se refiere a los casos impugnados de adjudicación de contratos llevados a cabo por la ciudad de Bonn, la ciudad de Witten, la región de Hannover y la comarca de Hameln-Pyrmont, la Comisión alega lo siguiente:

124. En 2004 la ciudad de Bonn, en condición de entidad adjudicadora, adjudicó sin licitación a escala europea un contrato de servicios de socorro para el período comprendido entre el 1 de enero de 2005 y el 31 de diciembre de 2008. El objeto del contrato era, en particular, la gestión de cuatro puestos de socorro, y su valor ascendía a un importe no inferior a los 5 280 000 euros.

125. Al menos a partir de 2005, la ciudad de Witten, en condición de entidad adjudicadora, adjudicó sin licitación a escala europea varios contratos de servicios de socorro por un valor de 945 753 euros anuales. El objeto de los contratos es la gestión de un puesto de socorro.

126. En 2004, la región de Hannover, en condición de entidad adjudicadora, convocó una licitación para la prestación de servicios de socorro en su territorio en la que únicamente pudieron participar los que hasta la fecha venían siendo los prestadores de los servicios, a saber, el Arbeiter-Samariter-Bund (en lo sucesivo, «ASB»), la Deutsche Rote Kreuz (en lo sucesivo, «DRK»), la Johanniter-Unfallhilfe (en lo sucesivo, «JUH») y la RKT GmbH. La adjudicación se hizo por el período comprendido entre el 1 de enero de 2005 y el 31 de diciembre de 2009, y su valor total fue de aproximadamente 65 millones de euros.

127. En 1993, la comarca de Hameln-Pyrmont contrató con la sección de la DRK la prestación de servicios de socorro en su territorio. El contrato, inicialmente firmado para una duración de 10 años, no llegó a resolverse, sino que en 2003 se prorrogó por otros 10 años, sin convocatoria de licitación. Además, en 1999 se creó un puesto de socorro adicional en el municipio de Emmerthal, cuya gestión fue asimismo encomendada, también sin licitación, a la DRK. El valor de estos contratos asciende a 7 200 000 euros anuales.

128. La República Federal de Alemania no se ha opuesto a la anterior exposición de los hechos.

129. La Comisión imputa en todos estos casos un incumplimiento de la normativa sobre la obligación de notificación de los contratos adjudicados (artículo 16 de la Directiva 92/50 y artículo 35, apartado 4, de la Directiva 2004/18). En efecto, dicho incumplimiento es incontrovertido.

130. En cambio, estimo que no se ha probado la vulneración que en todos estos casos también imputa la Comisión del principio de no discriminación y de la obligación de transparencia, inherentes a los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios. Este motivo debe desestimarse a la luz de las reservas en materia de clasificación jurídica y de prueba que ya expuse en el marco del análisis de la adjudicación de contrato por la ciudad de Magdeburgo. [59]

c) Adjudicación de contrato por el distrito de Uelzen (Baja Sajonia)

131. En cuanto a la adjudicación de contrato realizada por el distrito de Uelzen la Comisión ha alegado que la DRK, sobre la base de

59 — Véanse los puntos 91 y ss. de las presentes conclusiones.

un contrato firmado el 10 de julio de 1984, prestó servicios de socorro en el territorio del distrito de Uelzen, a excepción de la demarcación de Bevensen-Bienenbüttel. Este contrato fue modificado sustancialmente en 2004, lo cual, a juicio de la Comisión, debe considerarse una nueva adjudicación que, a la sazón, incumplió la disposición del artículo 16 de la Directiva 92/50. La Comisión alega asimismo que en el marco de esta nueva adjudicación se vulneraron el principio de no discriminación y la obligación de transparencia inherentes a los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios.

132. La República Federal de Alemania alega que la modificación del contrato en 2004 se debió a que en 1984 el distrito de Uelzen había adjudicado a la asociación de municipios de Bevensen los servicios de socorro en la demarcación de Bevensen-Bienenbüttel. Según declara la República Federal de Alemania, en 2002, con motivo de la transmisión de la empresa, la DRK asumió la prestación de todos los servicios de socorro que habían sido encomendados a la asociación de municipios de Bevensen. La República Federal de Alemania alega que esta asunción de los servicios fue la razón por la que en 2004 el distrito de Uelzen y la DRK negociaron las modificaciones de su contrato, que, por lo demás, no son tan esenciales como para considerarlas una nueva operación de adquisición relevante desde el punto de vista de la normativa en materia de contratación pública. A juicio de la República Federal de Alemania, dado que, en definitiva, la adjudicación impugnada tuvo lugar en 1984 y por lo tanto antes de que finalizase el plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva 92/50, no cabe alegar un incumplimiento de esta Directiva.

133. La cuestión de en qué condiciones puede considerarse que las modificaciones de un contrato existente constituyen una nueva adjudicación de un contrato público de servicios en el sentido de las Directivas sobre contratación pública, ha sido resuelta por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 19 de junio de 2008, Pressetext Nachrichtenagentur. [60] El Tribunal de Justicia señaló a este respecto que las modificaciones de las disposiciones de un contrato público efectuadas durante la validez de éste constituyen una nueva adjudicación en el sentido de la Directiva 92/50 cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato. [61] La modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida, a servicios inicialmente no previstos. [62]

134. De los documentos presentados por el Gobierno alemán y de sus declaraciones se desprende que el contrato público se amplió en 2004 añadiéndose la prestación de servicios públicos de socorro en el territorio del puesto de socorro de Bevensen, lo que representa alrededor del 25 % de la superficie total del distrito. La República Federal de Alemania admite que el valor del contrato para todo el distrito de Uelzen se cifra en aproximadamente 4 450 000 euros anuales, de los cuales no menos de 670 000 euros anuales

60 — C-454/06, Rec. p. I-4401, apartados 28 y ss.
61 — *Ibidem,* apartado 34.
62 — *Ibidem,* apartado 36.

corresponden a los servicios en la zona adscrita al puesto de socorro de Bevensen. [63]

135. Por lo tanto, las modificaciones del contrato negociadas en 2004 entre el distrito de Uelzen y la DRK implican una ampliación del contrato de prestación de servicios de socorro pactado inicialmente y, en concreto, una ampliación de la zona de prestación de los servicios de aproximadamente el 25 % y un incremento del valor del contrato en un porcentaje no inferior al 15 %. Por consiguiente, las modificaciones del contrato negociadas en 2004 deben considerarse esenciales, de manera que constituyeron una nueva adjudicación de los servicios públicos de socorro en todo el distrito y, por ende, dicha adjudicación estaba sujeta a la Directiva 92/50. Los datos —no documentados— aportados por la República Federal de Alemania sobre la asunción de los servicios de socorro de otro prestador no alteran esta apreciación.

136. A este respecto, no se discute que en la nueva adjudicación que tuvo lugar en 2004 no se respetó el artículo 16 de la Directiva 92/50. Por consiguiente, queda probado en el asunto de autos el incumplimiento de esta disposición por parte de la República Federal de Alemania.

137. En cambio, estimo que no se ha demostrado la vulneración que en todos estos casos también imputa la Comisión del principio de no discriminación y de la obligación de transparencia, inherentes a los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios. Este motivo debe desestimarse a la luz de las reservas en materia de clasificación jurídica y de prueba que ya expuse en el marco del análisis de la adjudicación de contrato por la ciudad de Magdeburgo. [64]

d) Los casos de adjudicación de contrato por las mancomunidades municipales de servicios de socorro de los distritos de Sajonia occidental (Sajonia), Chemnitz/Stollberg (Sajonia) y Vogtland (Sajonia)

138. Por lo que se refiere a las adjudicaciones impugnadas llevadas a cabo por las mancomunidades municipales de servicios de socorro de los distritos de Sajonia occidental, Chemnitz/Stollberg y Vogtland, la Comisión alega lo siguiente:

139. La mancomunidad municipal de servicios de socorro del distrito de Sajonia occidental, en condición de entidad adjudicadora, celebró con el ASB, la DRK, la JUH y el cuerpo de bomberos profesionales de la ciudad de Zwickau varios contratos de prestación de servicios de socorro por una duración

63 — Escrito de contestación del recurso de la República Federal de Alemania de 4 de septiembre de 2008, apartado 22.

64 — Véanse los puntos 90 y ss. de las presentes conclusiones.

de 4 años cada uno, y por un valor total de 7 900 000 euros anuales. En 2003 estos contratos se prorrogaron por otros cuatro años sin licitación y a su expiración fueron prorrogados hasta el 31 de diciembre de 2008.

140. La mancomunidad municipal de servicios de socorro del distrito de Chemnitz/Stollberg, en condición de entidad adjudicadora, celebró con el ASB, la DRK, la JUH y el cuerpo de bomberos profesionales de la ciudad de Chemnitz varios contratos de prestación de servicios de socorro por una duración de 4 años cada uno, y por un valor total de 3 300 000 euros anuales. En 2002 estos contratos se prorrogaron por otros cuatro años sin licitación y a su expiración fueron prorrogados hasta el 31 de diciembre de 2008.

141. La mancomunidad municipal de servicios de socorro del distrito de Vogtland, en condición de entidad adjudicadora, contrató sin licitación en 2002 y 2004 con el ASB, la DRK, la JUH, la sociedad privada de prestación de servicios de socorro de Plauen y el cuerpo de bomberos profesionales de la ciudad de Plauen la prestación de servicios de socorro por una duración de 4 años respectivamente, y por un valor total de 3 900 000 euros anuales. Los contratos tenían una duración de 4 años y a su expiración fueron prorrogados hasta el 31 de diciembre de 2008.

142. La Comisión imputa en todos estos casos un incumplimiento de la normativa sobre la obligación de notificación de los contratos adjudicados (artículo 16 de la Directiva 92/50 y artículo 35, apartado 4, de la Directiva 2004/18). En efecto, dicho incumplimiento es incontrovertido.

143. Esta apreciación no queda desvirtuada por las alegaciones de la República Federal de Alemania de que a partir de la entrada en vigor de la Sächsisches Gesetz über den Brandschutz, Rettungsdienst und Katastrophenschutz (Ley del Estado federado de Sajonia sobre seguridad en caso de incendio, servicios de socorro y protección civil), de 1 de enero de 2005, la adjudicación de contratos en materia de servicios de socorro debe ir precedida de un procedimiento de selección. La República Federal de Alemania no ha negado en particular la alegación de la Comisión según la cual la adjudicación de contratos fue prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2008 al amparo de la anterior normativa.

144. Según reiterada jurisprudencia, la existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al final del plazo fijado en el dictamen motivado. [65] En el presente asunto, la situación de la que debe partirse es la existente el 16 de febrero de 2007. En ese momento ya existía el incumplimiento

65 — Sentencias de 6 de octubre de 2009, Comisión/España (C-562/07, Rec. p. I-9553), apartado 23; de 19 de mayo de 2009, Comisión/Italia (C-531/06, Rec. p. I-4103), apartado 98, y de 19 de junio de 2008, Comisión/Luxemburgo (C-319/06, Rec. p. I-4323), apartado 72.

de las Directivas sobre contratación pública imputado.

145. En cambio, estimo que no se ha demostrado la vulneración que en todos estos casos también imputa la Comisión del principio de no discriminación y de la obligación de transparencia inherentes a los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios. Este motivo debe desestimarse a la luz de las reservas en materia de clasificación jurídica y de prueba que ya expuse en el marco del análisis de la adjudicación de contrato por la ciudad de Magdeburgo. [66]

e) Conclusión

146. A la luz de las consideraciones precedentes concluyo que en los casos impugnados de adjudicación de contratos llevados a cabo por las ciudades de Magdeburgo, Bonn y Witten, la región de Hannover, la comarcas de Uelzen y de Hameln-Pyrmont, y las mancomunidades municipales de servicios de socorro de Sajonia occidental, de Chemnitz/Stollberg y de Vogtland, la República Federal de Alemania ha incumplido el artículo 16 de la Directiva 92/50 o, en su caso, el artículo 35, apartado 4, de la Directiva 2004/18. En cambio, la Comisión no ha demostrado la vulneración del principio de no discriminación y de la obligación de transparencia inherentes a los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios.

4. Práctica de adjudicación ilegal en la República Federal de Alemania

147. La Comisión alega en el presente procedimiento que la práctica de adjudicación por ella denunciada evidencia la existencia de una práctica general y continuada. Sobre la base de esta alegación, la Comisión pretende que se declare que la República Federal de Alemania ha incumplido el Derecho comunitario como consecuencia de una práctica de adjudicación ilegal.

148. En caso de que se acredite la existencia en un Estado miembro de una práctica contraria a la normativa en materia de adjudicación de contratos, dicha práctica podrá ser denunciada en el marco de un procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 226 CE. [67] Con esta finalidad, la Comisión debe alegar en una primera fase y de manera detallada los incumplimientos reiterados que apuntan a la existencia de una

66 — Véanse los puntos 91 y ss. de las presentes conclusiones.

67 — Al respecto, basta remitirse a la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual, un incumplimiento puede derivar de la existencia de una práctica administrativa que infrinja el Derecho comunitario, aunque la normativa nacional aplicable sea, en sí misma, compatible con ese Derecho. Véase la sentencia de 10 de septiembre de 2009, Comisión/Grecia (C-416/07, Rec. p. I-7883), apartado 24, y jurisprudencia allí citada.

práctica. A continuación, incumbe al Estado miembro afectado rebatir de forma concreta los incumplimientos imputados. En una segunda fase debe analizarse si los incumplimientos acreditados pueden considerarse una demostración suficientemente documentada y pormenorizada de la práctica imputada. [68]

149. En el presente asunto, la Comisión ha demostrado que las ciudades de Magdeburgo (Sajonia-Anhalt), Bonn (Renania del Norte-Westfalia) y Witten (Renania del Norte-Westfalia), la región de Hannover (Baja Sajonia), los distritos de Uelzen (Baja Sajonia) y de Pyrmont-Hameln (Baja Sajonia), así como las mancomunidades municipales de servicios de socorro de Sajonia occidental (Sajonia), Chemnitz/Stollberg (Sajonia) y Vogtland (Sajonia) han incumplido las normas sobre la obligación de notificación del artículo 16 de la Directiva 92/50 o, en su caso, del artículo 35, apartado 4, de la Directiva 2004/18 en los procedimientos de adjudicación de servicios de socorro.

150. La Comisión también alegó que, según sus investigaciones, en el período comprendido entre 2001 y 2006, la República Federal de Alemania sólo notificó la adjudicación de dos contratos públicos. Esta constatación de los hechos no fue rebatida por la República Federal de Alemania.

151. Por tanto, sobre la base de las consideraciones anteriores, procede declarar que en los Estados federados de Sajonia-Anhalt, Renania del Norte-Westfalia, Baja Sajonia y Sajonia existe una práctica general y continuada de adjudicación de servicios de socorro que infringe las normas sobre la obligación de notificación según el artículo 16 de la Directiva 92/50 o, en su caso, el artículo 35, apartado 4, de la Directiva 2004/18.

152. La constatación de tal práctica contraria a la normativa en materia de adjudicación de contratos públicos en los Estados federados mencionados tampoco queda desvirtuada por el argumento de la República Federal de Alemania de que, a la luz de dos sentencias del Bundesgerichtshof de 1 de diciembre de 2008, [69] los Estados federados deberán revisar sus respectivos procedimientos de adjudicación de contratos de servicios de socorro y adaptarlos a la normativa sobre contratación pública.

153. Como ya he indicado, según reiterada jurisprudencia la existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al final del plazo fijado en el dictamen motivado. [70] En el presente asunto, la situación de la que debe partirse es la existente el 16 de febrero de 2007. En ese momento

68 — Véase la sentencia de 19 de marzo de 2009, Comisión/Grecia (C-489/06, Rec. p. I-1797), apartados 40 y ss.

69 — Resolución del Bundesgerichtshof de 1 de diciembre de 2008 (X ZB 31/08). Véase el punto 28 de las presentes conclusiones.

70 — Véase el punto 144 de las presentes conclusiones.

ya existía el incumplimiento imputado de las Directivas sobre contratación pública.

154. Por este mismo motivo, las alegaciones de la República Federal de Alemania relativas a la reforma legislativa en el Estado federado de Sajonia, en virtud de la cual el modelo de oferta de licitación queda derogado con efectos de 1 de enero de 2009, son irrelevantes en el presente asunto.

155. Lo controvertido, en cambio, es si la Comisión sólo ha impugnado la práctica de adjudicación de contratos seguida en los Estados federados de Sajonia-Anhalt, Renania del Norte-Westfalia, Baja Sajona y Sajonia o, si ha alegado los casos de estos cuatro Estados federados a modo de ejemplo de una práctica general y continuada en toda la República Federal de Alemania.

156. A este respecto, las alegaciones de la Comisión son contradictorias en la medida en que en su escrito de interposición del recurso declaró expresamente que éste se limita a denunciar la práctica de adjudicación seguida en los Estados federados de Sajonia-Anhalt, Renania del Norte-Westfalia, Baja Sajonia y Sajonia, si bien la práctica de adjudicación impugnada se extendía a otros Estados federados alemanes. [71]. Sin embargo, en su contestación, la Comisión solicita que se declare la ilicitud de esta práctica de adjudicación de contratos en todo el territorio de la República Federal de Alemania. [72]

157. Es preciso recordar en ese aspecto que los nuevos motivos alegados en el curso del procedimiento son, en principio, inadmisibles. [73]. Por lo tanto, en el marco del presente procedimiento debe partirse del *petitum* del escrito de recurso, de alcance territorial más limitado, mediante las cuales la Comisión se limitó a impugnar la práctica de adjudicación de contratos en los Estados federados de Sajonia-Anhalt, Renania del Norte-Westfalia, Baja Sajonia y Sajonia.

158. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, llego finalmente a la conclusión de que la República Federal de Alemania ha incumplido hasta el 31 de enero de 2006 el artículo 10, en relación con el artículo 16,

71 — Véase el apartado 10 del escrito de interposición del recurso de la Comisión de 15 de abril de 2008. En el apartado 5 de este escrito, la Comisión ya declaró que se limita a denunciar la práctica de adjudicación de contratos públicos de servicios de socorro según el modelo de oferta de licitación, seguido, según declara, en la mayoría de los Estados federados alemanes.

72 — Véanse los apartados 17 y ss. de la contestación de la Comisión de 21 de noviembre de 2008.

73 — Véase el artículo 42, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

de la Directiva 92/50 y desde el 1 de febrero de 2006, el artículo 22, en relación con el artículo 35, apartado 4, de la Directiva 2004/18 en el marco de la adjudicación de contratos onerosos de servicios de socorro en los Estados federados de Sajonia-Anhalt, Renania del Norte-Westfalia, Baja Sajonia y Sajonia.

VIII. Costas

159. En virtud del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el procedimiento será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Conforme al artículo 69, apartado 3, párrafo primero, del mismo Reglamento, en circunstancias excepcionales o cuando se estimen parcialmente las pretensiones de una y otra parte, el Tribunal de Justicia podrá repartir las costas, o decidir que cada parte abone sus propias costas.

160. En el presente caso, dado que sólo procede estimar parcialmente el recurso de la Comisión, propongo al Tribunal de Justicia que la Comisión y la República Federal de Alemania carguen con sus propias costas.

IX. Conclusión

161. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia:

1) Declarar que la República Federal de Alemania ha incumplido hasta el 31 de enero de 2006 el artículo 10, en relación con el artículo 16, 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, y desde el 1 de febrero de 2006, el artículo 22, en relación con el artículo 35, apartado 4, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en el marco de la adjudicación de contratos onerosos de servicios de socorro en los Estados federados de Sajonia-Anhalt, Renania del Norte-Westfalia, Baja Sajonia y Sajonia.

2) Desestimar el recurso en todo lo demás.

3) La Comisión de las Comunidades Europeas y la República Federal de Alemania cargarán con sus propias costas.