CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER presentadas el 8 de noviembre de 2006 [1]

I. Introducción

1. La Comisión ha presentado una demanda por el cauce del artículo 226 CE, solicitando al Tribunal de Justicia la declaración de que Italia ha incumplido los deberes que le corresponden en virtud de los artículos 43 CE y 49 CE, así como de las Directivas del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (92/50/CEE, de 18 de junio de 1992), [2] de suministro (93/36/CEE, de 14 de junio de 1993), [3] de obras (93/37/CEE, también de 14 de junio de 1993), [4] y en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (93/38/CEE, igualmente de 14 de junio de 1993). [5]

2. Para la Comisión, la infracción deriva de los artículos 2, apartados 1 y 5, 17, apartado 12, 27, apartado 2, 28, apartado 4, 30, apartado 6 *bis*, 37 *ter*, y 37 *quater*, apartado 1, de la Ley nº 109, de 11 de febrero de 1994, Legge quadro in materia di lavori pubblici (ley marco en materia de contratos públicos). [6] Y se concreta en los siguientes reproches: 1) la exclusión de los contratos mixtos de la Ley 109/94, si las obras accesorias representan más del 50 % del precio; 2) la atribución directa al titular de una licencia de construcción o de un plan de urbanismo, si las actuaciones no superan los topes económicos de la Directiva 93/37; 3) el modo de conferir las tareas de concepción, de dirección y de comprobación en los contratos de

1 — Lengua original: español.

2 — DO L 209, p. 1; modificada por las Directivas 97/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1997 (DO L 328, p. 1), y 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001 (DO L 285, p. 1); ha sido derogada, excepto su artículo 41, con efectos de 31 de enero de 2006, por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114).

3 — DO L 199, p. 1; asimismo alterada y dejada sin vigencia por las Directivas reseñadas en la nota anterior.

4 — DO L 199, p. 54; también reformada y revocada por las Directivas mencionadas en la nota 2.

5 — DO L 199, p. 84; cambiada por las Directivas 98/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998 (DO L 101, p. 1), y 2001/78, abrogada por la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DO L 134, p. 1).

6 — GURI nº 41, de 19 de febrero de 1994; rectificada en varias ocasiones.

cuantía inferior a los límites comunitarios; 4) la asunción de la dirección por el autor del proyecto, cuando ni la Administración licitadora ni otros entes públicos pueden desempeñarla; 5) la manera de asignar las labores de comprobación a terceros; y 6) el sistema de concesión de las obras financiadas privadamente.

3. Estos reproches suscitan dos temas de interés general, que requieren mayor detalle: el de los criterios para que en los contratos mixtos se observen las normas comunitarias acerca de la adjudicación; y el del respeto de los principios de transparencia y de igualdad de trato al otorgar los contratos de importe menor al de las Directivas.

II. El marco jurídico

A. *La normativa comunitaria*

1. El Tratado CE

4. A tenor del párrafo primero del artículo 43 CE, «en el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro».

5. Conforme al párrafo primero del artículo 49 CE, «en el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación».

2. Las Directivas sobre contratos

6. Para plasmar simultáneamente en el terreno contractual las libertades de establecimiento y de prestación de servicios consagradas en los artículos 43 CE y 49 CE se promulgaron las Directivas 92/50, 93/36, 93/37 y 93/38. De todos los preceptos que las componen destacan los que definen los correspondientes ámbitos de aplicación, fijando unos umbrales diferentes, para exceptuar las actuaciones con presupuestos por debajo de las cifras consignadas (artículos 7 de la Directiva 92/50, 5 de la Directiva 93/36, 6 de la Directiva 93/37 y 14 de la Directiva 93/38).

7. La referencia a otros preceptos concretos la hago al analizar los motivos de incumplimiento.

B. *La legislación italiana*

8. El ordenamiento jurídico italiano ha incorporado las Directivas citadas mediante la Ley 109/94, enmendada por el artículo 7 de la Ley nº 166, de 1 de agosto de 2002. [7]

1. Los contratos mixtos

9. El artículo 2, apartado 1, de la Ley 109/94, al delimitar sus contornos, incluye en el concepto de obras públicas la construcción, la demolición, la recuperación, la reestructuración, la restauración y el mantenimiento, extendiendo el ámbito de la Ley a los contratos mixtos de obras, de suministro y de servicios, así como a los contratos de suministro o de servicios que comprendan obras accesorias valoradas en más del 50 %.

10. El artículo 3, apartado 3, del Decreto Legislativo nº 157, de 17 de marzo de 1995, [8] reitera esa prevención tanto para los contratos mixtos de obras y de servicios, como para los de servicios que conlleven obras accesorias.

2. Las obras urbanísticas

11. El artículo 2, apartado 5, de la Ley 109/94 excluye de su régimen: a) las intervenciones directamente efectuadas por los particulares como deducción de las contribuciones pagadas por las autorizaciones para construir; b) las que resulten de las obligaciones del artículo 28, apartado 5, de la Ley nº 1150, de 17 de agosto de 1942; [9] y c) las análogas a las anteriores. Si el importe, considerado individualmente cuando hay varias actuaciones, excede los umbrales comunitarios, la adjudicación ha de realizarse conforme a la Directiva 93/37.

12. En este sentido, de los artículos 1 y 31 de la Ley 1150/42 y de los artículos 3 y 11

7 — «Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti», GURI nº 181, de 3 de agosto de 2002.

8 — «Attuazione della directiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi», GURI nº 104, de 6 de mayo de 1995.

9 — «Legge urbanistica», GURI nº 244, de 16 de octubre de 1942.

de la Ley nº 10, de 28 de enero de 1977,[10] se deduce que el titular de la licencia puede llevar a cabo por sí las obras de urbanización, imputando el coste, total o parcialmente, a las tasas debidas.

3. La concepción, la dirección y la verificación de las obras en los contratos de cuantía inferior a los techos comunitarios

13. El artículo 17, apartado 12, de la Ley 109/94 permite a los organismos competentes conferir los servicios de concepción y de dirección de las obras de presupuesto menor de 100.000 euros a los sujetos contemplados en el apartado 1, letras d), e), f) y g), después de verificar la experiencia y la capacidad profesional del seleccionado, motivando la elección.

14. Además, el artículo 30, apartado 6 *bis*, de la misma Ley 109/94 confía las labores de comprobación de la ejecución a las oficinas técnicas de las entidades licitadoras o a los organismos de control de la letra a) del apartado, y, cuando no se alcancen las cuantías comunitarias, a quienes gocen de la confianza de la administración.

4. La dirección de las obras

15. A tenor del artículo 27, apartado 2, de la Ley 109/94, siempre que la Administración contratante no asuma, en los supuestos del artículo 17, apartado 4, la dirección de las obras, la ha de atribuir, por este orden, 1) a otras administraciones públicas; 2) al encargado del proyecto según el mencionado artículo 17, apartado 4; o 3) a otras personas preseleccionadas de acuerdo con la regulación nacional.

5. Las tareas de comprobación

16. Al amparo del artículo 28, apartado 4, de la Ley 109/94, las operaciones de control se asignan a uno, a dos o a tres técnicos alta y específicamente cualificados en función del tipo, de la complejidad y del importe de las obras, escogidos de entre quienes integren la Administración contratante, salvo que se constate y se certifique la falta de profesionales con tales características.

17. Estas pautas han de completarse con el artículo 188 del Decreto del presidente de la República nº 554, de 21 de diciembre de 1999,[11] que desarrolla la Ley 109/94. De los

10 — «Norme per la edificabilità dei suoli», GURI nº 27, de 29 de enero de 1977.

11 — «Regolamento d'attuazione della Legge quadro in materia di Lavori Pubblici 11 Febbraio 1994 nº 109, e successive modificazioni», GURI nº 98, de 28 de abril de 2000.

apartados 1, 3, 8, 9, 11, 12 y 13 del referido precepto se infiere que, en los treinta días siguientes a la terminación de los trabajos, el órgano de contratación ha de encomendar la comprobación de lo ejecutado a sus colaboradores, de conformidad con el tipo, la categoría, la complejidad y el importe de las actuaciones, así como con unos criterios previos; si nadie satisface las cualidades reclamadas, ha de acudir a especialistas ajenos, que figuren en unas relaciones del Ministero dei Lavori Pubblici (ministerio de obras públicas), de las regiones o de las provincias autónomas, y optar por quien reúna las condiciones señaladas, siempre que posea su diploma hace diez años —si se trata de obras estructurales o de una cuantía igual o superior a 5 millones de euros— o hace cinco años —para las de un monto inferior a 1 millón de euros—, sujetándolo a varias prohibiciones. La inexistencia de listas faculta al órgano de contratación para encargar discrecionalmente los cometidos a cualquiera que cumpla los requisitos estipulados.

6. Las obras financiadas privadamente

18. Los artículos 37 *bis,* 37 *ter* y 37 *quater* de la Ley 109/94 se ocupan de la atribución de las obras públicas sufragadas, en todo o en parte, por los particulares.

19. El artículo 37 *bis* habilita para presentar propuestas de obras públicas o de utilidad general y para suscribir los correspondientes contratos en los que se asuma la financiación y la gestión, para lo que la Administración ha de publicar con suficiente antelación un anuncio indicativo.

20. El artículo 37 *ter* diseña los trámites para la selección del promotor. En primer lugar, se evalúan las proposiciones, atendiendo a la construcción, al urbanismo, al medio ambiente, a la calidad del proyecto, a la funcionalidad, a la finalidad, a la accesibilidad de los usuarios, al rendimiento, a los gastos de gestión y de mantenimiento, a la duración de la concesión, a los plazos para realizar las obras, a las tarifas, al método para su revisión y al valor económico de los planes. Tras comprobar que ningún elemento impide la ejecución y oír al promotor que lo solicite, se constata si alguna propuesta resulta de interés general; en este caso, según el apartado 1 del artículo 37 *quater,* se acude a un trámite restringido para lograr dos ofertas más. La concesión se otorga por un procedimiento negociado en el que se discuten la propuesta del promotor y las otras dos, con la especialidad, recogida en el artículo 37 *ter, in fine,* de que la adjudicación recae en el promotor que, en el desarrollo del expediente, se adapte a los cambios planteados por el órgano de contratación.

III. El procedimiento precontencioso

21. La Comisión, tras recibir varias quejas sobre los efectos de la Ley 109/94 y conocer el proyecto para modificarla, se dirigió, el 12 de abril de 2002, a las autoridades italianas advirtiendo de que algunos preceptos eran incompatibles con el derecho comunitario.

22. El Estado miembro, en una misiva de 17 de junio de 2002 y en una reunión celebrada en Roma el 23 de julio, mostró su inclinación a rectificar la Ley 109/94 en los términos interesados.

23. Una vez aprobada la reforma por la Ley 166/2002, la Comisión estimó que algunas de sus normas contradecían el ordenamiento de la Unión, remitiendo, el 19 de diciembre de 2002, una carta de emplazamiento, cuya respuesta no la convenció, por lo que, el 15 de octubre de 2003, envió un dictamen motivado, antes de acudir al Tribunal de Justicia, instando la constatación de incumplimiento, conforme al artículo 226 CE.

IV. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia

24. La demanda, que tuvo entrada en el registro el 24 de septiembre de 2004, pide la declaración de que, «habiendo adoptado los artículos 2, apartado 1, 17, apartado 12, 27, apartado 2, 30, apartado 6 *bis,* 37 *ter* y 37 *quater,* apartado 1, de la Ley nº 109, de 11 de febrero de 1994, modificada en último lugar por el artículo 7 de la Ley nº 166 de 1 de agosto de 2002, el artículo 2, apartado 5, de la Ley nº 109/94, modificada igualmente en último lugar por la Ley nº 166/2002, en combinación con las Leyes nº 1150 de 1942 y nº 10 de 1977, también reformadas, el artículo 28, apartado 4, de la Ley nº 109/94, en relación con los artículos 188 del Decreto del presidente de la República nº 554 de 21 de diciembre de 1999, el artículo 7 de la citada Ley nº 166/2002, y el artículo 3, apartado 3, del Decreto Legislativo nº 157 de 17 de marzo de 1995, la República Italiana ha infringido las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas 93/37/CEE, 93/36/CEE, 92/50/CEE y 93/38/CEE, de los artículos 43 CE y 49 CE y de los principios de transparencia y de igualdad de trato que constituyen su corolario». También reclama la condena en costas del demandado.

25. La contestación a la demanda, depositada el 16 de diciembre de 2004, solicita el desistimiento de la Comisión y, subsidiariamente, la aprobación de los cambios operados en la legislación italiana criticada en el dictamen motivado, rechazando la censura «al artículo 2, apartado 5, de la Ley 109/94».

26. El 26 de enero de 2005 se entregó la réplica y el 16 de marzo, la dúplica.

27. Por auto de 6 de abril de 2004, el presidente del Tribunal de Justicia autorizó la intervención de los Países Bajos —que aportaron sus alegaciones el 14 de julio de 2005— y de Finlandia —que lo hizo el 18 de julio de 2005— en apoyo de Italia, [12] quien, a su vez, el 14 de septiembre de 2005, valoró las intervenciones.

28. Clausurada la fase escrita del procedimiento, al no interesarse ninguna de las partes por un debate verbal, el asunto quedó listo para la elaboración de estas conclusiones el día 11 de julio de 2006.

V. Los contratos mixtos

29. La autonomía de la voluntad permite la aparición de nuevas figuras contractuales que conjugan los componentes de diversos tipos, [13] con el fin de alcanzar mejor las metas propuestas por quienes los suscriben.

30. Hay innumerables posibilidades de combinación, atendiendo al contenido obligacional, [14] pues cabe que un solo negocio jurídico englobe varios, que haya una pluralidad de objetos y que, en esta tesitura, cada uno comporte diferentes prestaciones.

31. La principal dificultad estriba en seleccionar los preceptos aplicables, de los que dependen ciertos efectos, como el de someterse a unos trámites más rigurosos o el de excluir a algunos licitadores.

32. La delimitación puede fundarse en el criterio de la combinación, utilizando disposiciones de procedencia dispar en los elementos de un mismo contrato, o en el criterio de la absorción, observando la

12 — Francia también fue admitida a intervenir, pero no adjuntó observaciones.

13 — Para Larenz, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1994, p. 456, el tipo, como forma de pensamiento, se utiliza «para una caracterización más concreta de ciertas clases de relaciones jurídicas, en especial de derechos subjetivos y de relaciones obligatorias contractuales».

14 — Moreno Molina, J.A., y Pleite Guadamillas, F., *El nuevo reglamento de contratación de las administraciones públicas (Repercusión práctica, novedades, concordancias y formularios adaptados)*, Ed. La Ley, Madrid, 2002, p. 36, señalan que estos contratos ofrecen una rica y compleja casuística.

regulación del contrato al que pertenece el elemento preponderante. [15]

33. El primer criterio destaca la singularidad de cada tipo, pero, dados los grandes inconvenientes prácticos que comporta, no se suele emplear, salvo, por ejemplo, en los contratos que, bajo una apariencia formal unitaria, agrupan una pluralidad.

34. Al segundo criterio se recurre habitualmente en situaciones más complejas, como las contempladas expresamente en las Directivas, que parten del objeto del contrato:

— Si consiste en suministros y en servicios, siempre que el valor de los últimos supere al de los primeros rige la Directiva 92/50. [16]

— Si estriba en suministros, aunque la entrega de los productos conlleve, accesoriamente, trabajos de colocación y de instalación, se aplica la Directiva 93/36. [17]

— Si radica en servicios e incluye obras secundarias, hay que atenerse a la Directiva 92/50. [18]

— Si reside en la concesión de obra pública, han de respetarse concretas reglas de publicidad de la Directiva 93/37. [19]

35. Además, la Directiva 92/50 prevé que, si un mismo contrato comprende servicios que figuran en el anexo I A y en el anexo I B, el importe de tales servicios especifica la ordenación sobre adjudicación que se ha de tener en cuenta [20] (artículo 10). [21] La Directiva 93/38 contiene una disposición similar (artículo 17).

15 — García Macho, R., *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas y a la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 91.

16 — Artículo 1, apartado 2, letra d), párrafo segundo, de la Directiva 2004/18.

17 — Artículo 1, apartado 2, letra c), párrafo segundo, de la Directiva 2004/18.

18 — Artículo 1, apartado 2, letra d), párrafo tercero, de la Directiva 2004/18.

19 — Artículo 1, apartado 3, y título 3 (artículos 56 a 65) de la Directiva 2004/18.

20 — El abogado general Mischo, en los puntos 31 a 36 de las conclusiones del asunto en el que recayó la sentencia de 14 de noviembre de 2002, Felix Swoboda (C-411/00, Rec. p. I-10567), esboza las diferencias entre esta hipótesis, en la que se eligen preceptos dentro de la propia Directiva, y las anteriores, en las que se indica la Directiva en juego. La sentencia, en esta línea, destacó que la Directiva 92/50 «proporciona un criterio unívoco de determinación del régimen aplicable a un contrato integrado por servicios diversos», basado en su valor (apartado 52), rechazando acudir «al objeto principal del contrato» (apartado 49).

21 — Artículo 22 de la Directiva 2004/18.

36. No obstante, las alternativas reseñadas no agotan las posibilidades, de manera que, frente a los vacíos de las Directivas, que tampoco enuncian un marco común para todos los contratos, [22] el legislador nacional ha de precisar el régimen de los demás supuestos de contratos mixtos, para lo que goza de un amplio margen de discrecionalidad, limitado por las Directivas y por el Tratado.

37. Conviene hacer notar que las Directivas se fundamentan en el objeto principal del contrato y, cuando hay más de uno o confluyen varias prestaciones, en la mayor relevancia económica. El uso de ambos factores permite enmarcar el ámbito material de aplicación.

38. En efecto, por lo que se refiere al objeto principal, se configura como el elemento esencial en torno al que gira el contrato. [23] Así, la sentencia de este Tribunal de Justicia de 19 de abril de 1994, Gestión Hotelera Internacional, [24] al examinar un contrato de cesión de bienes y, a la vez, de ejecución de obras, [25] declaró la improcedencia de privilegiar esas obras cuando posean un carácter accesorio, aunque esta circunstancia haya de ser apreciada por el juez nacional (apartados 26 a 29). Pero conviene matizar este pronunciamiento, pues la calificación como «accesorios» de los trabajos o de las obras [decimosexto considerando de la Directiva 92/50 y artículo 1, letra a), *in fine,* de la Directiva 93/36] no convierten tal cualidad en la definidora del sistema. Por consiguiente, ha de entenderse la sentencia en el sentido de que las obligaciones secundarias están incapacitadas para marcar las normas aplicables, que han de precisarse por el criterio de la prevalencia. [26]

39. Por lo que se refiere a la cuantía, se configura como un dato imparcial nada desdeñable a la hora de elegir el objeto o la prestación más destacada, habida cuenta de su función primordial, excluir o incluir los negocios en la órbita de las Directivas. En esta tesitura, la sentencia de 18 de noviembre de 1999, Teckal, [27] interpretando *a contrario sensu* el artículo 2 de la Directiva 92/50, sostuvo que un contrato sobre productos y servicios se rige por las normas sobre los

22 — Con independencia de lo que ocurre en los derechos civiles nacionales. Messineo, F., *Doctrina general del contrato,* tomo I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1985, p. 382, al abordar el problema en aquella rama jurídica, alude al artículo 1323 del Código Civil italiano, a cuyo tenor «todos los contratos, aunque no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular, se regulan por las normas generales contenidas en este título» [el título segundo del libro de las obligaciones].

23 — Artículo 1, letra a), de las Directivas 93/36 y 93/37; artículo 1, número 4, de la Directiva 93/38; décimo considerando y artículo 1, apartado 2, de la Directiva 2004/18.

24 — Asunto C-331/92, Rec. p. I-1329.

25 — Según expuso el abogado general Lenz en el punto 19 de las conclusiones del asunto, la cuestión prejudicial versaba sobre la adjudicación de las autorizaciones para la apertura y la explotación de un casino de juego, así como para la explotación de un hotel, asumiendo la obligación de llevar a cabo trabajos de reforma.

26 — Greco, G., «Contratti "misti" e appalti comunitari», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario,* 1994, p. 1265, razona que el criterio de la prevalencia es más adecuado para individualizar la disciplina para la mayor parte de los casos de contratos mixtos, pues el de la accesoriedad resulta insuficiente muchas veces.

27 — Asunto C-107/98, Rec. p. I-8121.

primeros, siempre que su «valor» supere al de los segundos (apartado 38), afirmación mantenida en la sentencia de 11 de mayo de 2006, Carbotermo y Consorzio Alisei[28] (apartados 31 y 47).

41. Por tanto, el recurso por infracción del ordenamiento comunitario ofrece una amplia cobertura material, pues no sólo abarca el derecho derivado, en el que las directivas constituyen el terreno abonado para este tipo de procesos.

VI. Los principios comunitarios en los contratos excluidos

42. Con estas ideas se entiende que la demanda omita argumentar acerca de la violación por la regulación italiana de preceptos concretos de las Directivas sobre contratos y se centre en la de los principios comunitarios inmanentes a los artículos 43 CE y 49 CE.

A. *El recurso de incumplimiento por vulneración de los principios comunitarios*

40. Del artículo 10 CE se desprende que la pertenencia a la Comunidad implica para los Estados que la integran dos deberes: uno positivo, de adoptar «todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas» del Tratado o «resultantes de los actos de las instituciones»; y otro negativo, de abstenerse de las «que puedan poner en peligro la realización de los fines» perseguidos. Los artículos 226 CE y 227 CE facultan a la Comisión y a los Estados miembros para acudir al Tribunal de Justicia cuando estimen que uno de los socios vulnera tales deberes.

43. Es decir, partiendo del hecho de que el régimen jurídico de los contratos públicos difiere en virtud de la sujeción a las Directivas en los términos detallados por la legislación nacional de ejecución, la Comisión basa la denuncia en la falta de una previsión expresa de acatamiento de los principios de transparencia y de igualdad de trato, al asignar los negocios relegados por la cuantía.

B. *Los principios de transparencia e igualdad de trato en los contratos excluidos*

44. En conclusiones precedentes he avanzado que el desarrollo de una competencia

28 — Asunto C-340/04, Rec. p. I-4137.

abierta en materia contractual se logra si quienes aspiran a la adjudicación se encuentran en pie de igualdad, sin asomo alguno de preferencias injustificadas, no bastando que la tramitación responda a pautas equilibradas, pues requiere también que impere la publicidad. [29]

45. El Tribunal de Justicia ya ha encarado en otras ocasiones la incidencia de los principios de transparencia y de igualdad de trato en el otorgamiento de contratos que, por su importe, permanecen extramuros de las Directivas y, en consecuencia, de las disposiciones de trasposición.

46. La sentencia de 7 de diciembre de 2000, Teleaustria y Telefonadress, [30] mantuvo, para los contratos excepcionados de la Directiva 93/38, que «las entidades que los celebren están obligadas a acatar las normas fundamentales del Tratado y, en particular, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad» (apartado 60). A tenor de la sentencia de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S, [31] el mencionado principio «implica una obligación de transparencia» que asegure su respeto (apartado 31) y que garantice, conforme a la primera de las sentencias citadas, «en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación» (apartado 62). Por esta causa, como declaró la sentencia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, [32] la ausencia total de licitación «no responde a los requisitos de los artículos 43 CE y 49 CE ni a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia» (apartado 50), aunque, para la sentencia de 21 de julio de 2005, Coname, [33] la transparencia no impone «la convocatoria de una licitación» (apartado 21).

47. Estos postulados, reiterados con posterioridad, [34] se basan, pues, en la distinción entre los contratos incluidos en los respectivos ámbitos de aplicación de las Directivas, que han de someterse a los trámites contemplados en sus textos, y los ajenos a esas normas, afectados únicamente por los principios fundamentales. [35]

29 — Puntos 24 a 29 y 21 a 26 de mis conclusiones en los asuntos en los que recayeron las sentencias de 27 de noviembre de 2001, Lombardini y Mantovani (C-285/99 y C-286/99, Rec. p. I-9233), y de 24 de noviembre de 2005, ÁTI EAC y otros (C-331/04, Rec. p. I-10109), respectivamente.

30 — Asunto C-324/98, Rec. p. I-10745. Esta sentencia abordó en primer lugar la cuestión de la inclusión del contrato de autos, dado su objeto específico —«elaboración y publicación de repertorios de abonados al servicio telefónico, impresos y en formato electrónico (guías telefónicas)» (apartado 19)—, en la órbita de la Directiva 93/38 y no en la de la Directiva 92/50 (apartados 31 a 40).

31 — Asunto C-275/98, Rec. p. I-8291.

32 — Asunto C-458/03, Rec. p. I-8612.

33 — Asunto C-231/03, Rec. p. I-7287.

34 — Entre otras, la sentencia de 6 de abril de 2006, ANAV (C-410/04, Rec. p. I-3303, apartado 18.

35 — En la misma línea, el auto de 3 de diciembre de 2001, Vestergaard (C-59/00, Rec. p. I-9505), apartados 19 a 21.

C. *El alcance de la obligación de respeto de la transparencia y de la igualdad*

48. Reconocido el deber de asumir la transparencia y la igualdad en las concesiones de los contratos que escapan a las reglas específicas, procede delimitar ese deber, dilucidando si se ha de plasmar en el derecho escrito.

49. El Tribunal de Justicia no ha despejado la incógnita en la ya aludida sentencia Coname, pese al estudio pormenorizado de la abogada general Stix-Hackl en las conclusiones. No obstante, hay varios asuntos pendientes de resolver, en los que podría reconducir el debate. [36]

50. A diferencia de esos casos, que afectan a contratos determinados, el de autos reviste un carácter más amplio, que exige fijarse en las Directivas y en el Tratado.

1. La referencia de las Directivas

51. Como resaltó la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, [37] el objetivo principal de los preceptos comunitarios sobre contratos radica no sólo en la libre circulación de mercancías y de servicios, sino también en su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros (apartado 44). [38]

52. Pero la lectura de las Directivas delata la falta de una codificación completa en el seno de la Unión, [39] pues, por un lado, conciernen esencialmente al otorgamiento, aunque también inciden en las demás etapas, como en la ejecución; por otro lado, excluyen ciertos contratos; y, finalmente, carecen de disposiciones generales a las que hayan de acomodarse los contratos exceptuados.

53. La limitación de la regulación a la preparación, al procedimiento y a las formas de adjudicación, anunciada en el propio nombre

36 — Asuntos C-507/03, Comisión/Irlanda, y C-532/03, Comisión/Irlanda, en los que se reprocha la adjudicación de unos contratos de servicios sin publicar ningún anuncio previo; la abogada general Stix-Hackl ha presentado las conclusiones en ambos el 14 de septiembre de 2006. También el asunto C-195/04, Comisión/Finlandia, con la vista celebrada el pasado 8 de junio, en el que la vulneración se anuda al otorgamiento de un contrato de equipamiento de cocina para uso institucional.

37 — Asunto C-26/03, Rec. p. I-1.

38 — Aunque cumplen otros fines, como la salvaguardia de los intereses económicos de la administración, depurando los precios; García-Trevijano Garnica, J.A., «Disposiciones comunes a los contratos administrativos. En especial, el precio y su revisión», en *Derecho de los contratos públicos. Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas,* coor. Pendás, B., Ed. Praxis, Barcelona, 1995, p. 258.

39 — Millett, T., «Les marchés publics en droit communautaire», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne,* nº 452, octubre-noviembre 2001, p. 630. Piñar Mañas, J.L., en la obra colectiva *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas,* 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 2004, p. 79, observa que, no obstante, a través de las Directivas «se está dando paso a un régimen común de contratación».

de las Directivas, se justifica porque son las fases que influyen en la libre circulación de mercancías, en la libertad de establecimiento, en la libre prestación de servicios y en los principios derivados de esas libertades.

54. Asimismo hay explicación para la exención de algunos contratos por su delicado objeto —como los secretos o los sujetos a fuertes medidas de seguridad—, por encontrarse en la órbita de otras directivas —como los relativos a las telecomunicaciones— o por su cuantía —por su escasa relevancia—.

55. Más difícil parece entender la ausencia de una normativa común para cualquier contrato público que recoja indicaciones sobre la igualdad de oportunidades, sobre la interdicción de la discriminación, sobre la transparencia y sobre la publicidad, haciendo las salvedades necesarias, [40] pues tales indicaciones redundarían en beneficio de los propósitos comunitarios, sin generar inconvenientes insalvables.

56. El legislador de cada país goza de la facultad de llenar este silencio, pero no se le pide implantar unas reglas que ni siquiera se han adoptado en el derecho comunitario derivado. Así, cabe recordar que el artículo 249 CE prescribe que «la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades locales la elección de la forma y de los medios», lo que comporta que la trasposición ha de comprender toda la directiva, pero sólo la directiva.

57. Por tanto, en el momento actual del derecho comunitario, ni la finalidad ni el contenido de las Directivas, tampoco su efecto útil, requieren que los principios que las inspiran sean aludidos explícitamente por los ordenamientos de los Estados miembros en relación a los contratos extraños al ámbito de aplicación.

2. La referencia al Tratado

58. La sentencia de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia, [41] dedujo que los artículos 43 CE y 49 CE constituyen una expresión particular del principio de igualdad de trato

40 — La Directiva 2004/18 ordena, en el artículo 2, conferir «a los operadores económicos un tratamiento igualitario, no discriminatorio», y actuar «con transparencia»; en los artículos 4 a 6, dicta unos patrones para todos los contratos públicos, acerca de los «operadores económicos», de las «condiciones relativas a los acuerdos celebrados en el seno de la Organización Mundial del Comercio» y de la «confidencialidad»; pero, conforme al artículo 7, tales artículos, como los demás de la Directiva, sólo atañen a los negocios «que no estén excluidos».

41 — Asunto C-3/88, Rec. p. 4035.

(apartado 8), que, como anunció la sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, [42] significa que todos los interesados han de disfrutar de idénticas oportunidades cuando formulan sus ofertas, con independencia de la nacionalidad (apartados 33 y 54).

59. La difusión de las posibilidades de contratar se erige en el elemento clave para los principios del Tratado, que, no obstante, adolece de falta de indicios que muestren el modo de materializar los anuncios. A este respecto, la jurisprudencia ha dejado el camino libre, aunque imponiendo unos mínimos. Así, dentro de la jurisprudencia ya reseñada, la sentencia Parking Brixen proclamó que «corresponde a la autoridad pública concedente ponderar, bajo el control de los tribunales competentes, la adecuación de las modalidades de licitación a las particularidades de cada concesión de servicios públicos», sin que valga la inexistencia de tramitación (apartado 50, que cita los apartados 61 y 62 de la sentencia Teleaustria y Telefonadress), [43] idea trasladable a cualquier tipo contractual.

60. La sentencia Coname insistió en los aspectos relatados, al analizar la asignación directa por una entidad local italiana del servicio de mantenimiento, gestión y vigilancia de la red de gas de metano. Por ser un contrato ajeno a las Directivas, hizo entrar en juego al derecho primario (apartado 16), aduciendo que la infracción de la transparencia originaba una discriminación indirecta prohibida por los artículos 43 CE y 49 CE (apartados 17 a 19), disculpable en atención a «circunstancias específicas, como la escasa trascendencia económica, que permitan razonablemente sostener que la concesión en cuestión carecía de interés» para empresas de otros países y que, por tanto, «los efectos sobre las libertades fundamentales eran demasiado aleatorios y demasiado indirectos para poder apreciar una eventual vulneración de las mismas» (apartado 20).

61. Con unas miras más amplias, la abogada general Stix-Hackl, en las conclusiones del asunto Coname, expresa sus dudas acerca de que las libertades fundamentales reclamen la uniformidad de los requisitos de todas las adjudicaciones (punto 70), proponiendo un régimen simplificado que valore las distintas categorías sobre la relevancia en el mercado interior (puntos 75 y siguientes).

62. De lo expuesto deduzco, por un lado, que la igualdad de trato y la transparencia que emergen del Tratado han de estar presentes siempre, sin necesidad de preceptos de

42 — Asunto C-87/94, Rec. p. I-2043.

43 — El abogado general Fennelly, en el punto 43 de las conclusiones de ese asunto, explica «que la observancia material del principio de no discriminación por la nacionalidad exige que la adjudicación de concesiones respete un mínimo grado de publicidad y de transparencia», aunque no «que la entidad adjudicadora aplique por analogía las disposiciones de las Directivas» pertinentes.

derecho derivado o de derecho nacional que así lo declaren; [44] y, por otro lado, que, en el momento actual, el grado de divulgación de las ofertas incumbe a cada Estado miembro, con algunos límites.

D. *Corolario*

63. En atención a la exégesis realizada, estimo que ni las Directivas ni el Tratado constriñen a los socios comunitarios a recoger explícitamente prevenciones generales para los contratos excluidos acerca de la vigencia de los principios de igualdad de trato y de transparencia o de la publicidad que exige la libre competencia. Si lo intentaran, su conducta respondería a su libre albedrío, no a un deber dimanante de su pertenencia a la Unión.

64. Lo contrario provocaría importantes problemas prácticos, enunciados en las repetidas conclusiones del asunto Coname, como la elección del medio de publicación o el contenido mínimo del anuncio (puntos 96 y 97), pues las propias Directivas diferencian según la importancia económica de las prestaciones. También se apartaría de la jurisprudencia, que, en la sentencia Coname, admite ciertas hipótesis de atribución directa, sin llamada a la licitación (apartado 21).

65. En todo caso, subsiste la posibilidad de controlar el acatamiento de aquellos principios por los actos individuales, como se hizo, por ejemplo, en las sentencias Parking Brixen y Coname, ya identificadas. [45]

VII. Examen de los motivos de incumplimiento

A. *Advertencia preliminar*

66. He indicado al iniciar estas conclusiones que la Comisión imputa a Italia la inobservancia de los compromisos que le incumben en materia de contratos públicos, al separar ciertas adjudicaciones de las reglas y de los postulados de la legislación comunitaria, básicamente, de dos maneras: en primer lugar, consagrando el valor de las obras accesorias como único criterio para determinar la

44 — No obstante, el legislador italiano ha insistido en tales principios en la reforma de 2005, a la que aludo más adelante.

45 — Asuntos pendientes C-507/03, 532/03 y C-195/04, descritos en la nota 36.

sujeción de los contratos mixtos; en segundo lugar, omitiendo la mención de que, siempre que no se alcancen los umbrales de las Directivas, han de respetarse los principios de transparencia y de igualdad de trato dimanantes de los artículos 43 CE y 49 CE.

69. Por consiguiente, en el asunto de autos hay que atender a la legislación vigente cuando finalizaron los dos meses concedidos en el dictamen motivado de 15 de octubre de 2003, no a la aprobada después.

B. *La delimitación de los contratos mixtos*

67. Aunque el Gobierno demandado niega que, en concreto, las disposiciones de su ordenamiento jurídico sobre la realización de obras por los particulares para deducir las tasas de urbanización contradigan el derecho comunitario, aduce que el resto de las incompatibilidades reveladas por la actora han desaparecido con las modificaciones llevadas a cabo por la Ley nº 62/2005, de 18 de abril, Legge comunitaria 2004. [46]

70. Los contratos mixtos de obras, de suministros y de servicios, así como los de suministro y los de servicios que comprendan obras accesorias, han de ajustarse a la Ley italiana de trasposición si tales obras representan más del 50 % del precio (artículo 2, apartado 1, de la Ley 109/94 y, de forma similar, artículo 3, apartado 3, del Decreto legislativo nº 157/95). La evaluación económica de una parcela de ese tipo de contratos es, por tanto, el criterio exclusivo para que rija la Ley.

68. Basta recordar la jurisprudencia que exige verificar el incumplimiento en función de la situación del Estado miembro al acabar el término fijado en el dictamen motivado, sin que los cambios posteriores se tomen en cuenta por el Tribunal de Justicia. [47]

71. La Comisión, apoyándose en la sentencia Gestión Hotelera Internacional, citada, sostiene que el sometimiento ha de depender del objeto principal del contrato, definido, entre otros parámetros y no únicamente, por la carga financiera de las prestaciones, pues, de lo contrario, se excluirían los contratos mixtos de presupuesto superior a los techos

46 — «Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee», supplemento ordinario a la GURI nº 96, de 27 de abril de 2005.

47 — Sentencias de 27 de noviembre de 1990, Comisión/Grecia (C-200/88, Rec. p. I-4299), apartado 13; de 2 de mayo de 1996, Comisión/Bélgica (C-133/94, Rec. p. I-2323), apartado 17; de 30 de enero de 2002, Comisión/Grecia (C-103/00, Rec. p. I-1147), apartado 23; y de 13 de marzo de 2003, Comisión/España (C-333/01, Rec. p. I-2623), apartado 8.

de las Directivas 92/50 y 93/36, pero, por el simple dato de que las obras, aun accesorias, suponen la mayor parte del precio, inferior a los márgenes de la Directiva 93/37.

72. El Estado demandado invoca una circular del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (ministerio de infraestructuras y transporte) [48] y la reforma de la Ley 109/94, para que en los contratos mixtos se ignore el importe de las obras secundarias, de modo que el aspecto monetario reviste igualmente un carácter predominante, aunque ya no singular, a la hora de seleccionar la legislación reguladora.

73. Estimo que, por las razones apuntadas, se ha de prescindir de los cambios anunciados y, además, que, según se afirma en la réplica, una circular carece de entidad para desvirtuar un precepto legal, siendo insuficiente para negar la infracción, pues para el Tribunal de Justicia «las meras prácticas administrativas, por naturaleza modificables a discreción de la administración y desprovistas de una publicidad adecuada, no pueden ser consideradas como constitutivas de un cumplimiento válido de las obligaciones derivadas del derecho comunitario». [49]

74. Con estas precisiones, parece evidente que las Directivas se oponen a que la cuantía de las obras se erija siempre en el criterio determinante del régimen jurídico de los contratos mixtos, pues de esta manera se escaparían de la cobertura comunitaria negocios cuyo núcleo reside en servicios o suministros, por la simple circunstancia del menor coste de las obligaciones primordiales.

75. Las propias Directivas aluden al objeto del contrato, sin confundirlo con la causa ni con las prestaciones que conlleva, [50] aunque estas últimas lo identifican y, si son varios, los gradúa, acudiendo al monto de las prestaciones, pues las mismas Directivas delimitan su campo de aplicación mediante magnitudes monetarias de fácil constatación.

76. No cabe invertir los términos ni, como hacen las disposiciones italianas, atender al aspecto económico de actuaciones colaterales, considerándose fundado el incumplimiento en el extremo reseñado.

48 — Circolare nº B1/2316, de 18 de diciembre de 2003, GURI nº 79, de 3 de abril de 2004.

49 — Sentencias de 24 de marzo de 1994, Comisión/Bélgica (C-80/92, Rec. p. I-1019), apartado 20; de 26 de octubre de 1995, Comisión/Luxemburgo (C-151/94, Rec. p. I-3685), apartado 18; de 17 de mayo de 2001, Comisión/Italia (C-159/99, Rec. p. I-4007), apartado 32; de 17 de enero de 2002, Comisión/Irlanda (C-394/00, Rec. p. I-581), apartado 11; de 27 de febrero de 2003, Comisión/Bélgica (C-415/01, Rec. p. I-2081), apartado 21; y de 20 de noviembre de 2003, Comisión/Francia (C-296/01, Rec. p. I-13909), apartado 54.

50 — En el punto 37 de las conclusiones del asunto Gestión Hotelera Internacional, el abogado general Lenz advierte que una obligación principal e intransmisible no lo convierte en el objeto esencial del contrato.

C. *Las intervenciones urbanísticas*

77. Las obras emprendidas por los particulares a) para deducir pagos derivados de los permisos de construcción, b) para asumir ciertos deberes legales y c) las análogas a las de los dos grupos precedentes no han de atenerse a la Ley 109/94, pero si el importe de las actuaciones, tomado individualmente, supera los límites comunitarios, se atribuyen conforme a la Directiva 93/37 (artículo 2, apartado 5, de la Ley 109/94).

78. La Comisión alega, por un lado, que estas previsiones, en relación con la Ley 1150/42 y con la Ley 10/77, toleran la asignación directa al titular de una licencia de obras o de un plan de urbanización, sin garantizar los principios de transparencia y de igualdad del Tratado CE, que se han de respetar incluso si el presupuesto es inferior a los umbrales de la Unión. Por otro lado, aduce que, para apreciar la concurrencia del tope, se han de ponderar todas las actuaciones que constan en el contrato, no sólo alguna.

79. El Gobierno italiano niega de forma vehemente que su legislación incurra en la vulneración imputada. En primer lugar, aporta una circular del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti [51] y otra del Dipartimento per le Politiche Comunitarie (departamento de política comunitaria del mencionado ministerio), [52] precisando las reglas adoptadas para acomodarlas a las comunitarias. En segundo lugar, tilda de excesivo que, en las tareas de trasposición, proceda referirse a cada disposición del Tratado y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En tercer lugar, subraya la singularidad de las actuaciones del constructor en el medio urbanístico, sustituyendo a las entidades locales. Por último, discrepa de la interpretación de la sentencia de 12 de julio de 2001, Ordine degli Architetti y otros, [53] propuesta por la Comisión, pues, en su opinión, no estudió las obras heterogéneas ejecutadas por el particular como mandatario de la administración.

1. Sobre los principios de transparencia y de igualdad

80. Por lo expuesto, no se puede reprochar a las normas escritas nacionales la falta de una mención general acerca de la obligación

51 — Circolare nº 462, de 18 de diciembre de 2001, «Sentenza della Corte di giustizia europea (Sesta Sezione) 12 luglio 2001 (c-n. 399/98) sulla realizzazione diretta da parte di un privato di opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di concessione dovuto. Appalto di lavori pubblici, ai sensi della direttiva 93/37. Indirizzi e chiarimenti operativi», GURI nº 300, de 28 de diciembre de 2001.

52 — Circolare nº 8756, de 6 de junio de 2002, «Normativa applicabile agli appalti pubblici «sottosoglia»», GURI nº 178, de 31 de julio de 2002.

53 — Asunto C-399/98, Rec. p. I-5409.

de acatar los principios de transparencia y de igualdad; por su carácter moldeable, la verificación de su infracción depende de las circunstancias de cada adjudicación.

81. Así pues, Italia no ha perpetrado el incumplimiento denunciado.

2. Sobre el ámbito de aplicación de la legislación italiana.

82. La otra objeción de la demanda sobre el otorgamiento de obras al titular de una licencia o de un plan de urbanización apunta a que los procedimientos contractuales han de utilizarse siempre que el acuerdo entre la administración y el particular comprenda obras con presupuestos que, valorados individualmente, superen las cuantías comunitarias.

83. Esta regla, según la Comisión, infringiría la Directiva 93/37, pues provoca que un contrato cuyo montante global rebasa los límites aparezca exonerado, por la insuficiencia de los importes correspondientes a cada uno de los trabajos que conlleva.

84. Como he avanzado, el Gobierno italiano advierte de las peculiaridades urbanísticas y de las características del sistema de adjudicación discutido, pero obvia que el enjuiciamiento del sistema en este recurso ha de basarse en las Directivas sobre contratos públicos. Si se carga el acento en uno de los planos jurídicos —el nacional—, ignorando el otro —el comunitario—, se distorsiona la situación. Además, ya he resaltado que la sentencia Ordine degli Architetti y otros razonó que las particularidades de la materia urbanística no bastan para excluir las Directivas (apartado 66).

85. La Directiva 93/37 facilita en el artículo 1 lo que ha de entenderse por «contratos públicos de obras» [letra a)] [54] y por «obras» [letra c)]; [55] el artículo 6, apartado 3, conoce el caso de que una obra esté dividida en varios lotes, de suerte que cada uno sea objeto de un contrato; y el apartado 4 de ese artículo 6 prohíbe la fragmentación para sustraerse a la Directiva. [56]

54 — «Los contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador definido en la letra b), por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el anexo II o de una obra definida en la letra c), bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador».

55 — «El resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinada a cumplir por sí misma una función económica o técnica».

56 — Unos mandatos similares figuran en el artículo 7 de la Directiva, en el artículo 5 de la Directiva 93/36, en el artículo 14 de la Directiva 93/38 y en el artículo 9 de la Directiva 2004/18, dedicado al «método para calcular el valor estimado de los contratos públicos, de los acuerdos marco y de los sistemas dinámicos de adquisición».

86. Se ofrecen así conceptos y pautas que han de explicarse desde el derecho comunitario, [57] en cuyo plano hay que situar la sentencia Ordine degli Architetti y otros, citada, a cuyo tenor «la realización directa por el titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado de una obra de urbanización, con imputación de la totalidad o parte de la obra a cuenta de la contribución adecuada por la concesión de la licencia», ha de sujetarse a la Directiva 93/37, «cuando el valor de dicha obra sea igual o superior al umbral fijado por la Directiva».

87. No obstante, conviene matizar el pronunciamiento, pues las obras públicas que implican los trabajos de urbanización se ejecutan directamente por la administración o también por una tercera persona en acatamiento de la ley o de un convenio, en cuyo caso hay un contrato sometido a la disciplina comunitaria [58] y el propietario, actuando como *alter ego* de la administración, [59] se ve envuelto en idénticas exigencias de publicidad y de concurrencia. [60]

88. Además, la Directiva 93/37 concreta la noción de «obra», cuya presencia, conforme a la sentencia de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, [61] se detecta según la función económica y técnica de los trabajos de que se trate (apartado 36). El valor total, obtenido, si procede, sumando los lotes, determina el acatamiento de las disposiciones, sin que, como ya he señalado, las particularidades del urbanismo sirvan de excusas objetivas para justificar el fraccionamiento.

89. Las reflexiones precedentes demuestran que las actuaciones urbanísticas supeditadas a la Directiva han de respetar también sus reglas para calcular el importe de los contratos, rechazándose las que, como las del apartado 5 del artículo 2 de la Ley 109/94, las alteran, al consignar un único criterio general que provoca el efecto pernicioso de apartar los postulados comunitarios e impedir, por causas objetivas referidas a la cuantía, que las empresas de otros Estados miembros

57 — Huelin Martínez de Velasco, J., «Las obras de urbanización y los contratos públicos de obras. A propósito de la sentencia Scala 2001», *Cuadernos de Derecho local*, nº 4, 2004, pp. 19 y ss.

58 — El abogado general Léger, en las conclusiones del asunto en el que recayó la sentencia Ordine degli Architetti y otros, expone con tino que, «cuando el operador llamado a realizar las obras de urbanización es designado pura y simplemente por la ley», falta un elemento esencial de la relación contractual (punto 68).

59 — Fernández Rodríguez, T.R., «La sentencia del TJCE de 12 de julio de 2001 (asunto "proyecto Scala 2001") y su impacto en el ordenamiento urbanístico español», *Documentación Administrativa*, nos 261-262, septiembre 2001-abril 2002, p. 23.

60 — Huelin Martínez de Velasco, J., ob. cit., p. 28.

61 — Asunto C-16/98, Rec. p. I-8315. Aunque la sentencia examinó la Directiva 93/38, cabe extender a la Directiva 93/37 los razonamientos sobre preceptos análogos.

presenten proposiciones en las licitaciones que les interesen. [62]

90. El mencionado precepto de la Ley italiana viola, por tanto, la Directiva 93/37.

92. La Comisión pretende que, incluso fuera del campo de aplicación de las normas europeas, se ponderen los principios de no discriminación, de igualdad de trato, de proporcionalidad y de transparencia, infringidos cuando en la atribución falta toda publicidad, no subsanada por los imperativos de constatar la experiencia y la capacidad profesional del seleccionado o de motivar la elección.

D. *La adjudicación de la concepción, de la dirección y de la verificación de las obras en los contratos de cuantía inferior a los umbrales comunitarios*

93. El Gobierno demandado alude a la reforma de la Ley 109/94, que añade la mención expresa de los principios, y retoma la argumentación anterior sobre la irracionalidad de las indicaciones queridas por la actora.

91. La Ley 109/94 admite que, en los contratos con un presupuesto por debajo de los umbrales de las Directivas, el proyecto y la dirección de las obras, así como la verificación de la ejecución, se encarguen a personas de confianza del órgano de contratación (artículos 17, apartado 12, y 30, apartado 6 *bis).*

94. Al haberse suscitado el debate en términos similares al planteado con respecto al artículo 2, apartado 5, de la Ley 109/94, la experiencia aconseja resolverlo de igual modo, a saber, en el de que el ordenamiento comunitario no impone, por el momento, que la obligación de asumir los citados principios en los contratos excluidos deba plasmarse específicamente por escrito para la concesión de las tareas enunciadas, sin perjuicio del examen de cada procedimiento y de la denuncia de la inobservancia ante los tribunales nacionales o ante el comunitario.

62 — Sentencia Comisión/Francia, identificada en la nota 61, en especial los apartados 38 a 47. El abogado general Jacobs, en las conclusiones de ese asunto, avanza que un conjunto de operaciones que ha de realizarse en un periodo sobre un grupo de redes que comparten la misma función económica y técnica está destinado a desempeñar la misma función económica y técnica (punto 72); opinión que se puede extender a las actuaciones urbanísticas, al igual que la idea de la sentencia de 14 de septiembre de 2004, Comisión/Italia (C-385/02, Rec. p. I-8121) de que «la mera afirmación del carácter complejo y delicado de un conjunto de obras no basta para demostrar que sólo puede encomendarse a un mismo empresario» (apartado 21).

95. No se aprecia, pues, que los artículos 17, apartado 12, y 30, apartado 6 *bis*, de la Ley 109/94 incurran en la infracción del derecho comunitario que se les atribuye en este proceso.

E. *La adjudicación de la dirección de las obras*

96. La dirección de los trabajos incumbe al órgano de contratación, pero, cuando no pueda ejercerla y otras administraciones públicas tampoco, cabe otorgarla al autor del proyecto (artículo 27, apartado 2, de la Ley 109/94).

97. La Comisión critica el carácter general de la regla por contravenir las Directivas 92/50 y 93/38, decididas a que las actividades de dirección se confíen con publicidad y en concurrencia, tanto si los límites comunitarios se sobrepasan, por estar así establecido, como si no se alcanzan, por influencia de los principios del Tratado.

98. El Gobierno italiano resalta los inconvenientes que evita su sistema, pero añade que, con el fin de solventar las objeciones formuladas, ha modificado la Ley 109/94, introduciendo varias cautelas para que el órgano de contratación haga el encargo al autor del proyecto, siempre que conste en el anuncio de licitación y el importe se haya computado en el presupuesto.

99. La proyección de los principios de transparencia y de igualdad sobre los contratos que no superen los techos requiere unas reflexiones idénticas a las vertidas sobre otras análogas ya expuestas, pues participa de iguales elementos. En esta línea, no se confirma la vulneración evidenciada por la Comisión.

100. Una solución diferente merecen los contratos sujetos, por su cuantía, a los procedimientos de selección, habida cuenta de la claridad de las normas comunitarias. En estos supuestos hay que aceptar escrupulosamente todas las disposiciones, por muy cómoda que se antoje la omisión de los trámites, pues los apartados 1 del artículo 11 de la Directiva 92/50 y del artículo 4 de la Directiva 93/38 son categóricos al someter la adjudicación a los procedimientos definidos —abierto, restringido y negociado—,[63] de manera que, como ha proclamado la juris-

63 — También el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/36 y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/37.

prudencia, sólo son admisibles las excepciones previstas. [64]

101. Las actividades de dirección de los trabajos figuran en la categoría 12 del anexo I A de la Directiva 92/50 y del anexo XVI A de la Directiva 93/38, por lo que su atribución se lleva a cabo conforme a las diligencias ordenadas en esas Directivas.

102. Por todo lo referido, no hay duda de que el apartado 2 del artículo 27 de la Ley 109/94 conculca las Directivas 92/50 y 93/38.

F. *La adjudicación de las tareas de comprobación*

103. Las labores de verificación corresponden a las oficinas de los propios poderes licitadores, pero, si se acredita y se certifica la falta de personal cualificado (artículo 28, apartado 4, de la Ley 109/94), se encargan terceras personas, incluidas en las listas que constan en las administraciones públicas (artículo 188 del Decreto del presidente de la República 554/99).

104. El reproche de la Comisión insiste en lo aducido en el apartado VII E de estas conclusiones para remitirse a los procedimientos de las Directivas 92/50 y 93/38, si la cuantía del contrato rebasa los umbrales pertinentes, acatando los principios del Tratado en los demás casos.

105. El Gobierno italiano esgrime la futura derogación de las normas reglamentarias (en concreto, de los apartados 8 a 11 del artículo 188 del Decreto del presidente de la República 554/99). [65]

106. Prescindiendo de esta invocación de sus buenas intenciones en el túnel del tiempo, esta imputación ha de correr idéntico destino que la anterior, pues no merece ningún reproche respecto a los artículo 43 CE y 49 CE; y, además, los cometidos de verificación correspondientes a la categoría 12 del anexo I A de la Directiva 92/50 y del anexo XVI A de la Directiva 93/38 se encargan con arreglo a las Directivas.

107. Por todo lo apuntado, el apartado 4 del artículo 28 de la Ley 109/94, en relación con el artículo 188 del Decreto del presidente de

64 — Sentencia de 17 de noviembre de 1993, Comisión/España (C-71/92, Rec. p. I-5923), apartado 10; y las ya citadas Teckal, apartado 43, y Carbotermo y Consorzio Alisei, apartado 45.

65 — En la dúplica advierte de que la Corte Constituzionale, en sentencia nº 302/03 (punto 5.1), ha declarado contrarios a la Constitución los apartados 8 a 10 del mencionado Decreto.

la República 554/99, contradice las Directivas 92/50 y 93/38.

G. *Las obras financiadas privadamente*

108. Las administraciones permiten la ejecución por terceros de obras públicas susceptibles de explotación comercial. En una primera fase, invitan a los particulares, mediante un anuncio, a que, adquiriendo la cualidad de promotores, hagan propuestas encaminadas a firmar concesiones, en las que asuman los gastos, en todo o en parte, y, como contraprestación, se comprometan a la gestión. Una vez evaluadas las que se hayan presentado, se seleccionan las de interés público, en una segunda fase, en la que se abre, para cada una de las seleccionadas, un procedimiento restringido encaminado a seleccionar dos ofertas más, utilizadas como referente en la negociación, que desemboca en la adjudicación, favorable al promotor capaz de adaptar su proposición a lo indicado por el órgano de contratación (artículos 37 *bis*, 37 *ter* y 37 *quater* de la Ley 109/94).

109. La Comisión achaca a Italia, por un lado, una violación del principio de igualdad de trato en el sistema descrito, de la que el promotor obtiene dos ventajas frente a los demás competidores, aun cuando su propuesta original convenga menos, pues interviene automáticamente en el procedimiento y tiene prioridad en la elección. Cabría dispensar la vulneración si todos los participantes conocieran tales privilegios y los criterios de evaluación, pero no es preceptivo que esos extremos figuren en el anuncio inicial; por otro lado, ya que el anuncio sólo resulta obligatorio a partir del 18 de agosto de 2002, fecha de entrada en vigor de la Ley 166/2002, los procedimientos ya incoados culminan en resoluciones disconformes con los postulados generales comunitarios.

110. Para el Gobierno demandado, ambas quejas aparecen reflejadas en la reforma de la Ley 109/94, que introduce en el anuncio la mención de las ventajas del promotor y que encomienda a una disposición reglamentaria los expedientes en trámite el 31 de enero de 2004 que carezcan de aquella mención.

111. Aunque el Gobierno italiano no desvirtúa lo aducido en la demanda, incumbe a la Comisión la carga de demostrar el pretendido incumplimiento, sin recurrir a presunciones,[66] aunque, una vez aportados

66 — Sentencias de 25 de mayo de 1982, Comisión/Países Bajos (96/81, Rec. p. 1791), apartado 6; de 12 de septiembre de 2000, Comisión/Países Bajos (C-408/97, Rec. p. I-6417), apartado 15; y de 26 de abril de 2005, Comisión/Irlanda (C-494/01, Rec. p. I-3331), apartado 41.

los datos suficientes, compete al Estado miembro rebatirlos de manera adecuada y pormenorizada. [67]

112. En principio, parecen fundadas las dos imputaciones. La primera, porque, según explica la Comisión, la legislación nacional atribuye al impulsor de las actuaciones unas prebendas que los demás interesados ignoran y no pueden contrarrestar; ya declaró la sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, citada, que, cuando una entidad contratante toma en consideración una modificación incluida en las ofertas primitivas de un solo licitador, este último goza de una ventaja sobre sus competidores, lo que viola la igualdad de trato y menoscaba la transparencia del procedimiento (apartado 56). Además, la Institución demandante concreta algunos casos en los que el anuncio no advierte de los privilegios ni fija los criterios objetivos de selección. [68]

113. La segunda, por la insuficiencia temporal de la subsanación *a posteriori* de los defectos de una situación reprobable.

67 — Sentencia de 9 de noviembre de 1999, Comisión/Italia (C-365/97, Rec. p. I-7773), apartados 84 y 86.

68 — Apartado 87 de la demanda y la nota a pie de página nº 12 que lo ilustra.

114. Como continuación a lo expresado en los puntos precedentes, hay que reputar acreditado que los artículos 37 *ter* y 37 *quater*, apartado 1, de la Ley 109/94 infringen la igualdad de trato dimanante de los artículos 43 CE y 49 CE.

H. *Consecuencias*

115. De lo expuesto se deduce que:

— el artículo 2, apartado 1, de la Ley 109/94 no se acomoda a las Directivas 92/50, 93/36, 93/37 y 93/38;

— el artículo 2, apartado 5, de la Ley 109/94, en relación con las Leyes 1150/42 y 10/77, transgrede la Directiva 93/37;

— el artículo 27, apartado 2, de la Ley 109/94 conculca las Directivas 92/50 y 93/38;

— el artículo 28, apartado 4, de la Ley 109/94, en relación con el artículo 188 del Decreto del presidente de la República 554/99, quebranta las Directivas 92/50 y 93/38;

— y los artículos 37 *ter* y 37 *quater,* apartado 1, de la Ley 109/94 no se ajustan a los artículos 43 CE y 49 CE.

116. Por el contrario, el artículo 2, apartado 5, el artículo 17, apartado 12, el artículo 27, apartado 2, y el artículo 30, apartado 6 *bis,* de la Ley 109/94 no vulneran los artículos 43 CE y 49 CE.

VIII. Costas

117. El artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia prescribe que quien pierda el proceso ha de ser condenado en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. En atención al artículo 69, apartado 3, del mismo Reglamento, cuando se estimen parcialmente las pretensiones, la sentencia puede repartir las costas o decidir que cada cual abone las suyas.

118. Habida cuenta de que tanto la Comisión como la República Italiana han pedido la recíproca atribución de los gastos judiciales y de que propongo estimar en parte el recurso, el mencionado Estado ha de asumir la mitad de las costas de la Comisión, que, a su vez, ha de asumir la mitad de las correspondientes al otro litigante.

119. De acuerdo con el artículo 69, apartado 4, párrafo primero, del citado Reglamento, los Estados miembros que intervienen como coadyuvantes soportan sus propias costas.

IX. Conclusión

120. Conforme a las reflexiones precedentes, sugiero al Tribunal de Justicia:

1) Declarar que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 49 CE, al adoptar los artículos 37 *ter* y

37 *quater,* apartado 1, de la Ley nº 109, de 11 de febrero de 1994; las que le corresponden con arreglo a las Directivas del Consejo 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992, 93/36/CEE, 93/37/CEE y 93/38/CEE, las tres de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, de suministro, de obras y en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, respectivamente, al aprobar el artículo 2, apartado 1, de la mencionada Ley 109/94; las que le competen a tenor de la citada Directiva 93/37, al mantener el artículo 2, apartado 5, de la misma Ley 109/94; y las que le atañen según las referidas Directivas 92/50 y 93/38, al promulgar los artículos 27, apartado 2, y 28, apartado 4, de dicha Ley 109/94.

2) Desestimar el recurso en todo lo demás.

3) Condenar a la República Italiana al pago de la mitad de las costas de la Comisión.

4) Condenar a la Comisión a abonar la mitad de las costas de la República Italiana.

5) Imponer a la República de Finlandia y al Reino de los Países Bajos que carguen con sus propias costas.