SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta)
de 7 de diciembre de 2000 *

En el asunto C-324/98,

que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE), por el Bundesvergabeamt (Austria), destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre

Telaustria Verlags GmbH,

Telefonadress GmbH

y

Telekom Austria AG, antes Post & Telekom Austria AG,

con intervención de:

Herold Business Data AG,

una decisión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), y de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de

* Lengua de procedimiento: alemán.

los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 199, p. 84),

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta),

integrado por el Sr. V. Skouris (Ponente), Presidente de la Sala Segunda, en funciones de Presidente de la Sala Sexta, el Sr. J.-P. Puissochet y la Sra. F. Macken, Jueces;

Abogado General: Sr. N. Fennelly;
Secretaria: Sra. L. Hewlett, administradora;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

— en nombre de Telaustria Verlags GmbH, por el Sr. F.J. Heidinger, abogado de Viena;

— en nombre de Telekom Austria AG, por los Sres. C. Kerres y G. Diwok, abogados de Viena;

— en nombre del Gobierno austriaco, por el Sr. W. Okresek, Sektionschef en el Bundeskanzleramt, en calidad de Agente;

— en nombre del Gobierno danés, por el Sr. J. Molde, avdelingschef del Udenrigsministeriet, en calidad de Agente;

— en nombre del Gobierno francés, por las Sras. K. Rispal-Bellanger, sous-directeur de la direction des affaires juridiques del ministère des Affaires étrangères, y A. Bréville-Viéville, chargé de mission en dicha Dirección, en calidad de Agentes;

— en nombre del Gobierno neerlandés, por el Sr. M.A. Fierstra, adjunct-juridisch adviseur del Ministerie van Buitenlandse zaken, en calidad de Agente;

— en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por los Sres. M. Nolin y J. Schieferer, miembros del Servicio Jurídico, en calidad de Agentes, asistidos por M^{e} R. Roniger, abogado de Bruselas;

habiendo considerado el informe para la vista;

oídas las observaciones orales de Telaustria Verlags GmbH, representada por el Sr. F.J. Heidinger; de Telekom Austria AG, representada por el Sr. C. Kerres, el Sr. P. Asenbauer y la Sra. M. Gregory, Director of Commercial Law del Servicio Jurídico de Telekom Austria AG, en calidad de Agente; de Herold Business Data AG, representada por el Sr. T. Schirmer, abogado de Viena; del Gobierno austriaco, representado por el Sr. M. Fruhmann, del Bundeskanzleramt, en calidad de Agente; del Gobierno francés, representado por el Sr. S. Pailler, chargé de mission en la direction des affaires juridiques del ministère des Affaires étrangères, en calidad de Agente, y de la Comisión, representada por el Sr. M. Nolin, asistido por M^{e} R. Roniger, expuestas en la vista de 23 de marzo de 2000;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 18 de mayo de 2000;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante resolución de 23 de abril de 1998, recibida en el Tribunal de Justicia el 26 de agosto siguiente, el Bundesvergabeamt (Oficina federal de adjudicación de contratos públicos) planteó, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente artículo 234 CE), siete cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), y de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 199, p. 84).

2 Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de un litigio entre Telaustria Verlags GmbH (en lo sucesivo, «Telaustria») y Telefonadress GmbH (en lo sucesivo, «Telefonadress»), por una parte, y Telekom Austria AG (en lo sucesivo, «Telekom Austria»), por otra, relativo a la celebración de un contrato por el que dicha entidad otorga a Herold Business Data AG (en lo sucesivo, «Herold») una concesión para la elaboración y edición de listas de abonados al servicio telefónico, impresas y en formato electrónico (guías telefónicas).

Contexto normativo

Normativa comunitaria

La Directiva 92/50

3 El artículo 1 de la Directiva 92/50 dispone lo siguiente:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

a) *contratos públicos de servicios:* los contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora, con exclusión de los siguientes:

[...]»

4 El octavo considerando de la Directiva 92/50 precisa:

«[...] la presente Directiva se refiere sólo a las prestaciones de servicios bajo contrato público; [...] quedan excluidas las prestaciones de servicios con arreglo a otros instrumentos jurídicos, como leyes, disposiciones administrativas o contratos laborales».

5 Además, el decimoséptimo considerando de la Directiva 92/50 señala:

«[...] la presente Directiva no debe afectar a las normas que rigen los contratos de servicios a que se refiere la Directiva 90/531/CEE del Consejo, de 17 de septiembre de 1990, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones [DO L 297, p. 1]».

La Directiva 93/38

6 A tenor de lo dispuesto en el artículo 45, apartado 3, de la Directiva 93/38, la Directiva 90/531 dejó de surtir efecto a partir de la fecha de puesta en aplicación de la Directiva 93/38. Dicha disposición precisa además, en su apartado 4, que las referencias hechas a la Directiva 90/531 se entenderán hechas a la Directiva 93/38.

7 Según el vigesimocuarto considerando de la Directiva 93/38,

«[...] la presente Directiva se refiere sólo a la prestación de servicios en régimen de contratación; [...] no se refiere a las prestaciones de servicios sobre bases diferentes, como disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o contratos laborales».

8 El artículo 1, punto 2, de la Directiva 93/38 define las «empresas públicas» como «aquéllas sobre las que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante por el hecho de tener la propiedad o

una participación financiera en las mismas, o en virtud de las normas que las rigen. Se considerará que los poderes públicos ejercen una influencia dominante, directa o indirectamente, sobre una empresa, cuando:

— tengan la mayoría del capital suscrito de la empresa,

[...]»

9 El artículo 1, punto 4, de la Directiva 93/38 define los «contratos de suministros, de obras y de servicios» como «los contratos a título oneroso celebrados por escrito entre una de las entidades contratantes mencionadas en el artículo 2 y un suministrador, contratista o prestador de servicios y que tengan por objeto:

a) en el caso de los contratos de suministro, [...];

b) en el caso de los contratos de obras, [...];

c) en el caso de los contratos de servicios, cualquier otro objeto distinto de los indicados en las letras a) y b), y exceptuando:

[...]»

10 El último párrafo de esta misma disposición precisa:

«Los contratos que incluyan servicios y suministros se considerarán contratos de suministro cuando el valor total de los suministros sea superior al valor de los servicios incluidos en el contrato.»

11 Además, el artículo 1, punto 15, de la Directiva 93/38 define del siguiente modo los «servicios públicos de telecomunicaciones» y los «servicios de telecomunicación»:

«*servicios públicos de telecomunicaciones:* los servicios de telecomunicaciones cuya oferta haya sido confiada específicamente por los Estados miembros a una o varias entidades de telecomunicaciones;

servicios de telecomunicación: los servicios que consisten, total o parcialmente, en la transmisión y conducción de señales en la red pública de telecomunicaciones mediante procedimientos de telecomunicación, con excepción de la radiodifusión y de la televisión».

12 El artículo 2, apartados 1 y 2, de la Directiva 93/38 dispone lo siguiente:

«1. La presente Directiva se aplicará a las entidades contratantes que:

a) sean poderes públicos o empresas públicas y realicen alguna de las actividades contempladas en el apartado 2;

[...]

2. Las actividades que se incluyen en el ámbito de aplicación de la presente Directiva son las siguientes:

[...]

d) la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de telecomunicaciones o el suministro de uno o más servicios públicos de telecomunicaciones.»

Normativa nacional

13 La Telekommunikationsgesetz (Ley de telecomunicaciones; BGBl. I, 1997, nº 100) regula, entre otras materias, las obligaciones de los prestadores, concesionarios u operadores de servicios de telefonía vocal.

14 Conforme al artículo 19 de la Telekommunikationsgesetz, todo prestador de un servicio público de telefonía vocal está obligado a mantener un listado telefónico actualizado de sus abonados, a ofrecer un servicio de información sobre los números de sus abonados, a proporcionar un servicio gratuito de llamadas de emergencia, y a poner a disposición de la autoridad reguladora, gratuitamente y a instancia de ésta, y de los demás prestadores del servicio, contra una retribución razonable, un listado telefónico de sus abonados, en formato electrónico,

actualizado como mínimo semanalmente, a efectos de suministro de información o de publicación de guías telefónicas.

15 Conforme al artículo 26, apartado 1, de la Telekommunikationsgesetz, la autoridad reguladora debe garantizar la disponibilidad de una guía telefónica completa y unificada en la que figuren todos los abonados de los servicios públicos de telefonía vocal. Los concesionarios que ofrecen un servicio público de telefonía vocal a través de una red fija o móvil están obligados a proporcionar los datos relativos a sus abonados, contra retribución, a la autoridad reguladora, para permitir a ésta desempeñar su tarea.

16 Además, según el artículo 96, apartado 1, de la mencionada Ley, todo operador de un servicio público de telecomunicaciones debe elaborar una guía telefónica. Esta última puede adoptar la forma de un documento impreso, o bien de un servicio de información por teléfono, de un «Bildschirmtext» (sistema de videotex), de un soporte electrónico de datos o cualquier otra forma técnica de comunicación. Dicha disposición establece igualmente las exigencias mínimas en cuanto al contenido y estructura de dichas guías telefónicas y el requisito de transmisión de los datos de los abonados a la autoridad reguladora o a terceros.

El litigio principal y las cuestiones prejudiciales

17 Telekom Austria, creada por la Telekommunikationsgesetz, es una sociedad anónima cuyas acciones pertenecen en su totalidad a la República de Austria. Dicha sociedad es la sucesora jurídica de la antigua Post & Telegraphenverwaltung (Servicio de Correos y Telégrafos) y ha asumido las funciones que antes desempeñaba esta última, entre ellas la obligación de garantizar la disponibilidad de una guía telefónica en la que figuren todos los abonados a los servicios públicos de telefonía vocal.

18 Antes de 1992, la Post & Telegraphenverwaltung utilizaba sus propios recursos para cumplir dicha obligación, en particular mediante la publicación de una guía de teléfonos oficial, conocida con la denominación de «páginas blancas», pero a partir de 1992, debido a los altos costes de impresión y de distribución de dicha guía, la Post & Telegraphenverwaltung decidió recurrir a una empresa exterior y celebró así un contrato para la publicación de dicha guía telefónica con una empresa privada.

19 Como dicho contrato expiraba el 31 de diciembre de 1997, Telekom Austria, que había sucedido a la Post & Telegraphenverwaltung, publicó el 15 de mayo de 1997 en el *Amtsblatt zur Wiener Zeitung* (suplemento del Diario Oficial austriaco) una convocatoria para la presentación de «ofertas destinadas a obtener la adjudicación de una concesión para la prestación del servicio público de elaboración y publicación de repertorios de abonados al servicio telefónico, impresos y en formato electrónico (guías telefónicas), a partir de la próxima edición de 1998/1999 y por tiempo indefinido».

20 Considerando que al contrato objeto del mencionado anuncio de licitación habrían debido aplicársele los procedimientos de adjudicación establecidos por el Derecho comunitario y nacional en materia de contratos públicos, Telaustria y Telefonadress presentaron el 12 y 17 de junio de 1997, respectivamente, sendas solicitudes de apertura de un procedimiento de conciliación ante la Bundes-Vergabekontrollkommission (Comisión federal de control de la adjudicación de contratos públicos), con arreglo al artículo 109 de la Bundesvergabegesetz 1997 (Ley federal sobre la adjudicación de contratos públicos; BGBl. I, 1997, nº 56; en lo sucesivo, «BVerG»).

21 Tras acumular ambas solicitudes, la Bundes-Vergabekontrollkommission emitió el 20 de junio de 1997 un dictamen motivado en favor de las solicitantes, en el que llegaba a la conclusión de que las disposiciones de la BVerG eran aplicables al contrato previsto.

22 Como Telekom Austria continuaba desarrollando negociaciones para la conclusión del mencionado contrato, el 24 de junio de 1997 Telaustria interpuso ante el Bundesvergabeamt un recurso, acompañado de una demanda de medidas provisionales. Mediante escrito de 4 de julio de 1997, Telefonadress se adhirió al recurso. El 8 de julio de 1997, Herold, que es la sociedad con la que estaba negociando Telekom Austria, se personó en el procedimiento en apoyo de las pretensiones de esta última.

23 Ante el Bundesvergabeamt, Telekom Austria alegó que el contrato previsto no estaba incluido en el ámbito de aplicación de las Directivas en materia de adjudicación de contratos públicos de servicios dado que, por una parte, dicho contrato no tenía carácter oneroso y, por otra parte, se trataba en el presente caso de una «concesión de servicios públicos», excluida del ámbito de aplicación de las Directivas 92/50 y 93/38.

24 Tras haber dictado inicialmente un auto sobre medidas provisionales en favor de las demandantes, el 10 de julio de 1997 el Bundesvergabeamt dictó un nuevo auto que reemplazaba al anterior y por el que se autorizaba provisionalmente la celebración del contrato entre Telekom Austria y Herold, a condición de que se previera la posibilidad de resolverlo para iniciar un procedimiento de adjudicación adecuado, en el supuesto de que dicho contrato resultara estar incluido en el ámbito de aplicación de las normas comunitarias y nacionales en materia de adjudicación.

25 El 1 de diciembre de 1997, Herold, a la que se adjudicaría poco después la concesión, pasó a ser propiedad de la empresa GTE, que el 3 de diciembre de 1997 otorgó a Telekom Austria una participación del 26 % en el capital social de Herold, con lo que esta última pasó a ser una filial común de GTE y de Telekom Austria. El 15 de diciembre de 1997, Herold y su accionista minoritario Telekom Austria celebraron formalmente el contrato que se discute en el procedimiento principal.

26 En los fundamentos de Derecho de la resolución de remisión, la Bundesvergabeamt señala que dicho contrato, compuesto de varios contratos parcialmente conectados entre sí, tiene por objeto la elaboración de guías telefónicas impresas y encomienda a Herold la prestación, entre otros, de los siguientes servicios: recogida, tratamiento y organización de los datos relativos a los abonados, elaboración de guías telefónicas y determinados servicios publicitarios. En lo relativo a la retribución de dicha parte contratante, el contrato establece que Herold no percibirá ninguna remuneración directa por los servicios que preste, pero que podrá explotarlos comercialmente.

27 A la vista de todos estos datos, y en particular del modo de retribuir al prestador de servicios, que podía llevar a calificar dicho contrato de «concesión de servicios», así como de sus propias consideraciones, el Bundesvergabeamt, que albergaba ciertas dudas sobre la interpretación de las Directivas 92/50 y 93/38, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«Cuestión principal:

¿Puede deducirse de la génesis de la Directiva 92/50/CEE, especialmente de la Propuesta de la Comisión [COM(90) 372, DO C 23, de 31 de enero de 1991] o de la definición del concepto de "contratos públicos de servicios" formulada en la letra a) del artículo 1 de la Directiva 92/50/CEE, que determinadas categorías de contratos, celebrados con empresas de servicios por las entidades adjudicadoras a las que se aplica esa Directiva, están excluidas de antemano del ámbito de aplicación de dicha Directiva, simplemente por concurrir en ellas determinadas características comunes como las que se mencionan en la Propuesta de la Comisión COM(90) 372 y sin necesidad de invocar los incisos i) a viii) de la letra a) del artículo 1 o los artículos 4 a 6 de la Directiva 92/50/CEE?

Si se responde afirmativamente a la cuestión principal,

¿Están también incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/38/CEE dichas categorías de contratos, habida cuenta especialmente del vigesimocuarto considerando de la Directiva?

Si se responde afirmativamente a la segunda cuestión,

¿Se pueden describir estas categorías de contratos excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38/CEE, por analogía con la Propuesta COM(90) 372, afirmando que su esencia consiste en que una entidad adjudicadora incluida en el ámbito de aplicación personal de la Directiva 93/38/CEE confía a una empresa elegida por ella la prestación de un servicio del que dicha entidad es responsable y le concede en contrapartida el derecho a explotar económicamente la prestación del mencionado servicio?

Como complemento a las tres primeras cuestiones,

En el supuesto de que un contrato celebrado por una entidad adjudicadora incluida en el ámbito de aplicación personal de la Directiva 93/38/CEE contenga elementos característicos de un contrato de servicios, en el sentido de la letra a) del punto 4 del artículo 1 de la Directiva 93/38/CEE, junto con elementos de otra naturaleza contractual, no incluidos en el ámbito de aplicación de esta Directiva, ¿está dicha entidad adjudicadora obligada a escindir la parte del contrato a la que se aplique la Directiva 93/38/CEE, en la medida en que sea técnicamente posible y económicamente razonable, y a someterla a un procedimiento de adjudicación, en el sentido del punto 7 del artículo 1 de la Directiva, tal como declaró el Tribunal de Justicia en el asunto C-3/88, anterior a la entrada en vigor de la Directiva

92/50/CEE, en relación con un contrato que no estaba sometido en su totalidad a la Directiva 77/62/CEE?

Si se responde afirmativamente a esta cuestión,

¿Procede considerar que la concesión contractual del derecho exclusivo a explotar económicamente el resultado de la prestación de un servicio, que proporciona al prestador del servicio un rendimiento que no puede determinarse pero que, con arreglo a la experiencia general, no será desdeñable y normalmente superará al coste de la prestación, constituye la retribución del servicio, tal como declaró el Tribunal de Justicia en el asunto C-272/91, en relación con un contrato de suministro que preveía, como sustituto del pago, la concesión de un derecho por los poderes públicos?

Como complemento a las cuestiones anteriores,

¿Las disposiciones de las letras a) y c) del punto 4 del artículo 1 de la Directiva 93/38/CEE deben interpretarse en el sentido de que un contrato que prevea la prestación de servicios contemplados en el Anexo XVI A, categoría 15, pierde su carácter de contrato de prestación de servicios y pasa a ser un contrato de suministro cuando el resultado de la prestación del servicio es la fabricación de gran número de objetos corporales idénticos, que tienen valor económico y constituyen por tanto mercancías en el sentido de los artículos 9 y 30 del Tratado CE?

Si se responde afirmativamente a esta cuestión,

¿Debe interpretarse la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-3/88 en el sentido de que tal contrato de suministro debe ser separado de las demás partes del contrato de servicios y someterse a un procedimiento de adjudicación, en el sentido del punto 7 del artículo 1 de la Directiva 93/38/CEE, en la medida en que resulte técnicamente posible y económicamente razonable?»

Sobre las cuestiones primera y segunda

28 Mediante sus cuestiones primera y segunda, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional nacional plantea esencialmente dos problemas.

29 El primero consiste en determinar si un contrato a título oneroso está contemplado en las Directivas 92/50 o 93/38, en razón de las partes contratantes y del objeto específico del mismo, cuando mediante dicho contrato, celebrado por escrito entre, por una parte, una empresa a la que la legislación de un Estado miembro ha confiado específicamente la explotación de un servicio de telecomunicaciones y cuyo capital social pertenece en su totalidad a los poderes públicos de dicho Estado miembro y, por otra parte, una empresa privada, la primera empresa encarga a la segunda la elaboración y publicación de repertorios de abonados al teléfono, impresos y en formato electrónico («guías telefónicas»), con vistas a su distribución pública.

30 En el segundo problema que plantea, el órgano jurisdiccional remitente pregunta en esencia si un contrato de esta naturaleza, que tiene por objeto específico las prestaciones mencionadas en el apartado anterior, pese a estar contemplado en una de dichas Directivas, resulta excluido, en el estado actual del Derecho comunitario, del ámbito de aplicación de la Directiva que lo contempla, principalmente debido a que la contraprestación que la primera empresa ofrece a

la segunda consiste en que esta última obtiene el derecho de explotar su propia prestación, para conseguir así una retribución.

31 A fin de responder al primer problema planteado, procede señalar con carácter preliminar que, tal como se deduce del decimoséptimo considerando de la Directiva 92/50, las disposiciones de esta última no deben afectar a las disposiciones de la Directiva 90/531, anterior a la Directiva 93/38, y que se aplicaba igualmente, como esta última, a los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

32 Dado que la Directiva 90/531 fue sustituida por la Directiva 93/38, tal como se indica en el artículo 45, apartado 3, de esta última, y que las referencias hechas a la Directiva 90/531 deben entenderse hechas a la Directiva 93/38, según el apartado 4 de este mismo artículo, procede concluir que, al igual que en el régimen aplicable cuando la Directiva sectorial 90/531 estaba en vigor, las disposiciones de la Directiva 92/50 no deben afectar a las disposiciones de la Directiva 93/38.

33 Por consiguiente, cuando un contrato está contemplado en la Directiva 93/38, que regula un sector específico de los servicios, las disposiciones de la Directiva 92/50, destinadas a aplicarse a los servicios en general, no son aplicables.

34 En tales circunstancias, únicamente es preciso examinar la posibilidad de que el contrato que se discute en el litigio principal esté contemplado en la Directiva 93/38 en razón de las partes contratantes y de su objeto específico.

35 A este respecto procede determinar, por una parte, si una empresa como Telekom Austria está comprendida en el ámbito de aplicación personal de la Directiva 93/38 y, por otra parte, si un contrato que tiene por objeto las prestaciones mencionadas en el apartado 26 de la presente sentencia está comprendido en el ámbito de aplicación material de dicha Directiva.

36 Por lo que respecta al ámbito de aplicación personal de la Directiva 93/38, ha quedado acreditado que, tal como indica la resolución de remisión, Telekom Austria, cuyo capital pertenece en su totalidad a los poderes públicos austriacos, es una empresa pública sobre la que estos últimos pueden ejercer una influencia dominante, al ser la totalidad de su capital propiedad de la República de Austria. De ello se deduce que Telekom Austria debe ser considerada empresa pública en el sentido del artículo 1, punto 2, de dicha Directiva.

37 Por otra parte, ha quedado acreditado que conforme a la ley que la creó, la Telekommunikationsgesetz, dicha empresa pública ejerce una actividad consistente en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. De ello se deduce que Telekom Austria constituye una entidad contratante en el sentido del artículo 2, apartado 1, letra a), de la Directiva 93/38, interpretado en relación con el apartado 2, letra d), de dicho artículo.

38 Además, puesto que ha quedado igualmente acreditado que el mencionado contrato prevé la ejecución de prestaciones que, con arreglo a la Telekommunikationsgesetz, incumben a Telekom Austria y que consisten en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, para determinar si el contrato que se discute en el procedimiento principal está comprendido en el ámbito de aplicación material de la Directiva 93/38, basta con verificar si el objeto específico de dicho contrato está contemplado en las disposiciones de la Directiva 93/38.

39 A este respecto procede hacer constar, siguiendo a la resolución de remisión, que las prestaciones que incumben a Herold incluyen:

— la recogida, tratamiento y organización de los datos relativos a los abonados, a fin de hacerlos técnicamente explotables, operaciones que requieren el registro informático de los datos, el tratamiento por ordenador de los mismos y la gestión de las bases de datos, servicios comprendidos, todos ellos, en la categoría 7, denominada «Servicios de informática y servicios conexos», del Anexo XVI A de la Directiva 93/38;

— la propia impresión de las guías telefónicas, comprendida en la categoría 15 del Anexo XVI A de dicha Directiva, categoría que incluye los «Servicios editoriales y de imprenta, por tarifa o por contrato»;

— los servicios de publicidad, comprendidos en la categoría 13 del Anexo XVI A de la Directiva 93/38.

40 Dado que dichas prestaciones se encuentran directamente vinculadas a una actividad relacionada con la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, procede concluir que el contrato que se discute en el asunto principal, que tiene por objeto específico las prestaciones mencionadas en el apartado anterior, es un contrato contemplado en la Directiva 93/38.

41 Para responder al segundo problema planteado por el órgano jurisdiccional nacional, procede señalar con carácter preliminar que, por una parte, dicho órgano jurisdiccional formula sus preguntas poniéndolas en relación con la

Propuesta de Directiva 91/C 23/01 del Consejo, de 13 de diciembre de 1990, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO 1991, C 23, p. 1; en lo sucesivo, «Propuesta de 13 de diciembre de 1990») y, por otra parte, asume como propia la definición de la concesión de servicios públicos que la Comisión propone en dicho documento.

42 A este respecto conviene precisar que el Tribunal de Justicia puede responder al segundo problema planteado sin necesidad de dar por válida la definición de la concesión de servicios públicos que se formula en el artículo 1, letra h), de la Propuesta de 13 de diciembre de 1990.

43 En efecto, procede señalar en primer lugar que el artículo 1, punto 4, de la Directiva 93/38 se refiere a los contratos a título oneroso celebrados por escrito y únicamente formula indicaciones sobre las partes contratantes y el objeto del contrato, sin hacer referencia expresa a las concesiones de servicios públicos, que se definen tomando en consideración principalmente el modo de retribuir al prestador del servicio, y sin establecer distinción alguna entre los contratos que tienen una contrapartida fija y aquellos cuya contrapartida consiste en un derecho de explotación.

44 Telaustria propone interpretar la Directiva 93/38 en el sentido de que un contrato cuya contrapartida consiste en un derecho de explotación también se encuentra incluido en su ámbito de aplicación. Según ella, para que la Directiva 93/38 se aplique a un contrato de esta naturaleza basta con que este último sea un contrato a título oneroso y celebrado por escrito, conforme al artículo 1, punto 4, de dicha Directiva. Resulta por tanto injustificado deducir que tales contratos están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38 a causa del silencio de esta última sobre el modo de retribuir al prestador de servicios. Telaustria añade que el hecho de que la Comisión no haya propuesto incluir en el ámbito de aplicación de la Directiva disposiciones relativas a este tipo de contratos significa que dicha Institución consideró que la Directiva abarca todo contrato de prestación de servicios, con independencia de la modalidad de retribución del prestador de servicios.

45 Dado que tanto Telekom Austria como los Estados miembros que han formulado observaciones y la Comisión impugnan dicha interpretación, procede examinar la fundamentación de la misma, teniendo en cuenta la evolución en el tiempo de las Directivas pertinentes, principalmente en materia de contratos públicos de servicios.

46 A este respecto procede recordar que, tanto en su Propuesta de 13 de diciembre de 1990 como en su Propuesta modificada de Directiva 91/C 250/05 del Consejo, de 28 de agosto de 1991, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios (DO C 250, p. 4; en lo sucesivo, «Propuesta de 28 de agosto de 1991»), que desembocaron en la adopción de la Directiva 92/50, relativa a los contratos públicos de servicios en general, la Comisión había propuesto expresamente incluir las «concesiones de servicios públicos» en el ámbito de aplicación de dicha Directiva.

47 Como dicha inclusión se justificaba por la intención de «asegurar la coherencia de los procedimientos de adjudicación», la Comisión precisó, en el décimo considerando de su Propuesta de 13 de diciembre de 1990, que «las concesiones de servicios públicos deben quedar incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, de la misma manera que la Directiva 71/305/CEE se aplica a las concesiones de obras públicas». Aunque la referencia a la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los mercados públicos de obras (DO L 185, p. 5; EE 17/03, p. 9), fue retirada del décimo considerando de la Propuesta de 28 de agosto de 1991, esta última mantuvo expresamente sin embargo en dicho considerando el objetivo relativo a la «coherencia de los procedimientos de adjudicación».

48 No obstante, en el transcurso del procedimiento legislativo, el Consejo suprimió toda referencia a las concesiones de servicios públicos, principalmente a causa de las diferencias existentes entre los Estados miembros en materia de delegación de la gestión de servicios públicos y en las modalidades de dicha delegación, que

podrían crear una situación de enorme desequilibrio en la apertura de los mercados de concesiones de servicios públicos (véase el documento nº 4444/92 ADD 1, de 25 de febrero de 1992, punto 6, titulado «Motivación del Consejo» y adjunto a la Posición Común de la misma fecha).

49 Un destino similar tuvo la postura que la Comisión expresó en su Propuesta modificada de Directiva 89/C 264/02 del Consejo, de 18 de julio de 1989, relativa a los procedimientos de adjudicación de contratos a entidades que operan en los sectores del agua, energía, servicios de transporte y servicios de telecomunicaciones (DO C 264, p. 22). En dicho documento, que desembocó en la adopción de la Directiva 90/531, primera Directiva en materia de adjudicación de contratos públicos en estos sectores e inmediatamente anterior a la Directiva 93/38, la Comisión había propuesto igualmente para dichos sectores determinadas disposiciones destinadas a regular las concesiones de servicios públicos.

50 No obstante, tal como se indica en el punto 10 del documento nº 5250/90 ADD 1, de 22 de marzo de 1990, titulado «Motivación del Consejo» y adjunto a la Posición Común de este último, de la misma fecha, sobre la Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, el Consejo no aceptó la propuesta de la Comisión de incluir en la Directiva 90/531 normas relativas a las concesiones de servicios públicos, basándose en que tales concesiones sólo se conocían en uno de los Estados miembros y en que no resultaba oportuno regularlas sin haber llevado a cabo un estudio detallado sobre las diversas formas de concesión de servicios públicos existentes en los Estados miembros en los mencionados sectores.

51 A la vista de estos datos, procede hacer constar que la Comisión no propuso incluir las concesiones de servicios públicos en su Propuesta de Directiva 91/C 337/01 del Consejo, de 27 de septiembre de 1991, por la que se modifica la

Directiva 90/531 (DO C 337, p. 1), que desembocó posteriormente en la adopción de la Directiva 93/38.

52 Dicha conclusión resulta corroborada igualmente por la evolución del ámbito de aplicación de las Directivas en materia de contratos públicos de obras.

53 En efecto, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 71/305, que fue la primera Directiva en esta materia, excluía expresamente de su ámbito de aplicación los contratos de concesión.

54 Sin embargo, la Directiva 89/440/CEE del Consejo, de 18 de julio de 1989, que modifica la Directiva 71/305 (DO L 210, p. 1), añadió a la Directiva 71/305 un artículo 1 *ter*, que hacía referencia expresa a los contratos de concesión de obras públicas, declarando aplicables a los mismos las normas de publicidad establecidas en sus artículos 12, apartados 3, 6, 7 y 9 a 13, y 15 *bis*.

55 Posteriormente, la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), que sustituyó a la versión modificada de la Directiva 71/305, menciona expresamente la concesión de obras públicas entre los contratos incluidos en su ámbito de aplicación.

56 En cambio, la Directiva 93/38, adoptada el mismo día que la Directiva 93/37, no contiene disposición alguna sobre las concesiones de servicios públicos. De ello se

deduce que el legislador comunitario decidió no incluirlas en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/38. Si su intención hubiera sido otra, lo habría indicado expresamente, tal como hizo al adoptar la Directiva 93/37.

57 Dado que los contratos de concesión de servicios públicos no están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/38, procede concluir que, contrariamente a la interpretación propuesta por Telaustria, tales contratos no están comprendidos en el concepto de «contratos a título oneroso celebrados por escrito» que figura en el artículo 1, punto 4, de dicha Directiva.

58 Procede por tanto responder a las cuestiones primera y segunda que:

— está contemplado en la Directiva 93/38 un contrato a título oneroso, celebrado por escrito entre, por una parte, una empresa a la que la legislación de un Estado miembro ha confiado específicamente la explotación de un servicio de telecomunicaciones y cuyo capital social pertenece en su totalidad a los poderes públicos de dicho Estado miembro y, por otra parte, una empresa privada, cuando mediante dicho contrato la primera empresa encarga a la segunda la elaboración y publicación de repertorios de abonados al teléfono, impresos y en formato electrónico (guías telefónicas), con vistas a su distribución pública;

— pese a estar contemplado en la Directiva 93/38, un contrato de esta naturaleza resulta excluido, en el estado actual del Derecho comunitario, del ámbito de aplicación de esta última, principalmente debido a que la contraprestación que la primera empresa ofrece a la segunda consiste en que esta última obtiene el derecho de explotar su propia prestación, para conseguir así una retribución.

59 Sin embargo, el hecho de que un contrato de este tipo no esté comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/38 no impide que este Tribunal de Justicia aporte una respuesta útil al órgano jurisdiccional nacional que le ha planteado una serie de cuestiones prejudiciales. Para ello, el Tribunal de Justicia puede tomar en consideración otros criterios interpretativos que puedan resultar útiles para la solución del litigio principal.

60 A este respecto procede señalar que, pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, tales contratos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38, las entidades contratantes que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad.

61 En efecto, tal como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia de 18 de noviembre de 1999, Unitron Scandinavia y 3-S (C-275/98, Rec. p. I-8291), apartado 31, dicho principio implica, en particular, una obligación de transparencia que permite que la entidad adjudicadora se asegure de que el mencionado principio es respetado.

62 La obligación de transparencia que recae sobre la entidad adjudicadora consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.

63 Corresponde al órgano jurisdiccional nacional pronunciarse sobre la cuestión de si en el asunto examinado en el litigio principal se ha respetado dicha obligación, así como apreciar la pertinencia de las pruebas aportadas al efecto.

Sobre las cuestiones tercera y quinta

64 Habida cuenta de la respuesta dada a las cuestiones primera y segunda, no procede responder a la tercera, pues esta última fue planteada al Tribunal de Justicia para el supuesto de que se diera una respuesta afirmativa a la segunda cuestión.

65 Tampoco procede responder a la quinta cuestión, planteada al Tribunal de Justicia a fin de clarificar el problema planteado en la tercera cuestión.

Sobre las cuestiones cuarta, sexta y séptima

66 Habida cuenta de la respuesta dada a las cuestiones primera y segunda, no procede tampoco responder a las cuestiones cuarta, sexta y séptima, pues fueron planteadas para el supuesto de que el Tribunal de Justicia declarara que la Directiva 93/38 es aplicable al contrato que se discute en el litigio principal.

Costas

67 Los gastos efectuados por los Gobiernos austriaco, danés, francés y neerlandés, así como por la Comisión, que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Sexta),

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Bundesvergabeamt mediante resolución de 23 de abril de 1998, declara:

1) —Está contemplado en la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, un contrato a título oneroso, celebrado por escrito entre, por una parte, una empresa a la que la legislación de un Estado miembro ha confiado específicamente la explotación de un servicio de telecomunicaciones y cuyo capital social pertenece en su totalidad a los poderes públicos de dicho Estado miembro y, por otra parte, una empresa privada, cuando mediante dicho contrato la primera empresa encarga a la segunda la elaboración y publicación de repertorios de abonados al teléfono, impresos y en formato electrónico (guías telefónicas), con vistas a su distribución pública;

—pese a estar contemplado en la Directiva 93/38, un contrato de esta naturaleza resulta excluido, en el estado actual del Derecho comunitario, del ámbito de aplicación de esta última, principalmente debido a que la contraprestación que la primera empresa ofrece a la segunda consiste en que esta última obtiene el derecho de explotar su propia prestación, para conseguir así una retribución.

2) Pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, tales contratos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/38, las

entidades contratantes que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, principio que implica, en particular, una obligación de transparencia que permite que la entidad adjudicadora se asegure de que dicho principio es respetado.

3) Esta obligación de transparencia que recae sobre la entidad adjudicadora consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación.

4) Corresponde al órgano jurisdiccional nacional pronunciarse sobre la cuestión de si en el asunto examinado en el litigio principal se ha respetado dicha obligación, así como apreciar la pertinencia de las pruebas aportadas al efecto.

Skouris Puissochet Macken

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 7 de diciembre de 2000.

El Secretario

R. Grass

El Presidente de la Sala Sexta

C. Gulmann