SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala)

de 13 de abril de 2010 *

En el asunto C-91/08,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el Landgericht Frankfurt am Main (Alemania), mediante resolución de 28 de enero de 2008, recibida en el Tribunal de Justicia el 28 de febrero de 2008, en el procedimiento entre

Wall AG

y

Municipio de Fráncfort del Meno,

Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH,

* Lengua de procedimiento: alemán.

en el que participa:

Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Gran Sala),

integrado por el Sr. V. Skouris, Presidente, los Sres. A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues (Ponente), K. Lenaerts y J.-C. Bonichot y las Sras. R. Silva de Lapuerta y C. Toader, Presidentes de Sala y los Sres. C.W.A. Timmermans, A. Rosas, K. Schiemann, J. Malenovský, A. Arabadjiev y J.-J. Kasel, Jueces;

Abogado General: Sr. Y. Bot;
Secretario: Sr. K. Malacek, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 9 de junio de 2009;

consideradas las observaciones presentadas:

— en nombre de Wall AG, por el Sr. H.-J. Otto, Rechtsanwalt, y por los Sres. C. Friese y R. von zur Mühlen, Justitiare;

— en nombre del municipio de Fráncfort del Meno, por los Sres. L. Horn y J. Sommer, Rechtsanwälte, y por el Sr. B. Weiß, Justitiar;

— en nombre de Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, por el Sr. H. Höfler, Rechtsanwalt;

— en nombre de Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH, por los Sres. F. Hausmann y A. Mutschler-Siebert, Rechtsanwälte;

— en nombre del Gobierno alemán, por los Sres. M. Lumma y J. Möller, en calidad de agentes;

— en nombre del Gobierno danés, por la Sra. B. Weis Fogh, en calidad de agente;

— en nombre del Gobierno neerlandés, por la Sra. C. Wissels y el Sr. Y. de Vries, en calidad de agentes;

— en nombre del Gobierno austriaco, por el Sr. M. Fruhmann, en calidad de agente;

— en nombre del Gobierno finlandés, por la Sra. A. Guimaraes-Purokoski, en calidad de agente;

— en nombre del Gobierno del Reino Unido, por el Sr. S. Ossowski, en calidad de agente, asistido por el Sr. J. Coppel, Barrister;

— en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por los Sres. D. Kukovec, B. Schima y C. Zadra, en calidad de agentes;

— en nombre del Órgano de Vigilancia de la AELC, por los Sres. N. Fenger y B. Alterskjær y por la Sra. L. Armati, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 27 de octubre de 2009;

dicta la siguiente

Sentencia

1 La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación de los artículos 12 CE, 43 CE y 49 CE, de los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad, así como de la obligación de transparencia que de ellos se deriva, en relación con la adjudicación de concesiones de servicios.

2 Esta petición se ha presentado en el marco de un litigo entre Wall AG (en lo sucesivo, «Wall») y el municipio de Fráncfort del Meno (en lo sucesivo, «municipio de Fráncfort»), en relación con la adjudicación de una concesión de servicios relativa a la explotación y al mantenimiento de algunos aseos públicos en el territorio de dicha ciudad.

Marco jurídico

3 La Directiva 80/723/CEE de la Comisión, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas (DO L 195, p. 35; EE 08/02, p. 75), en su versión modificada por la Directiva 2000/52/CE de la Comisión, de 26 de julio de 2000 (DO L 193, p. 75) (en lo sucesivo, «Directiva 80/723»), dispone en su artículo 2:

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

[…]

b) "empresa pública", cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen;

[…]

2. Se presumirá que hay influencia dominante cuando, en relación con una empresa, el Estado u otras administraciones territoriales, directa o indirectamente:

a) posean la mayoría del capital suscrito de la empresa; o

b) dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa; o

c) puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa.»

4 Según el artículo 1, letra b), 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), en su versión modificada por la Directiva 2001/78/CE de la Comisión, de 13 de septiembre de 2001 (DO L 285, p. 1) (en lo sucesivo, «Directiva 92/50»):

« [se entenderá por] entidad adjudicadora: el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones formadas por uno o varios de dichos organismos de Derecho público o de dichos entes.

Se entenderá por organismo de Derecho público todo organismo:

— creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general, que no tenga carácter industrial o mercantil,

— dotado de personalidad jurídica,

y

— cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público; o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichos organismos; o tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, de cuyos miembros más de la mitad sean designados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.

[...]»

5 El artículo 17 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114), establece:

«Sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones previstas en el artículo 3, la presente Directiva no será aplicable a las concesiones de servicios definidas en el apartado 4 del artículo 1.»

6 El artículo 80, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2004/18 dispone:

«Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva a más tardar el 31 de enero de 2006. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión.»

7 A tenor del artículo 82, párrafo primero, de dicha Directiva:

«Quedan derogadas, con efectos a partir de la fecha prevista en el artículo 80, la Directiva 92/50/CEE, excepto su artículo 41, y las Directivas 93/36/CEE y 93/37/CEE, sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros en lo que se refiere a los plazos de incorporación a su legislación nacional y aplicación que figuran en el anexo XI.»

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

8 Wall explota espacios publicitarios en calles y lugares públicos y, a tal fin, lleva a cabo, en particular, la producción, el montaje, el mantenimiento y la limpieza de aseos públicos.

9 Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH (en lo sucesivo, «FES») es una sociedad de responsabilidad limitada, persona jurídica de Derecho privado, cuyo objeto social es la eliminación y la gestión de residuos, la limpieza urbana, así como la seguridad de la circulación por cuenta de las autoridades públicas y de las personas privadas. El municipio de Fráncfort ostenta una participación del 51 % en FES, siendo una empresa privada la titular del 49 % restante. La junta general adopta los acuerdos de FES por una mayoría de tres cuartos de sus votos. Los socios designan la mitad de los dieciséis miembros del consejo de vigilancia de FES. Los trabajadores nombran a ocho miembros y cada uno de los dos socios nombra a cuatro miembros. El municipio de Fráncfort tiene derecho a proponer un candidato para el puesto de presidente del consejo de vigilancia, cuyo voto tiene carácter dirimente en caso de empate. FES da trabajo a aproximadamente 1 400 trabajadores, de los cuales unos 800 se dedican a actividades que guardan relación con la ciudad de Fráncfort.

10 FES realiza con el municipio de Fráncfort un volumen de negocios neto de 92 millones de euros y de 52 millones de euros con otras personas de Derecho público y de Derecho privado. Del volumen de negocios neto realizado por FES con la ciudad de

Fráncfort en 2005, 51,3 millones de euros corresponden a la eliminación de residuos y 36,2 millones de euros a la limpieza urbana.

11 El 18 de diciembre de 2002, el municipio de Fráncfort formuló, mediante una «publicación voluntaria a escala de la Unión Europea» aparecida en el diario oficial de dicho municipio, una convocatoria para la presentación de solicitudes al objeto de participar en una licitación sobre un contrato de concesión de servicios relativo a la explotación, el mantenimiento y la limpieza de once aseos públicos urbanos, por una duración de dieciséis años. De estos once aseos públicos debían reconstruirse dos de ellos, a saber, los situados en la estación de Rödelheim y en Galluswarte. La contrapartida de tales prestaciones se limitaba al derecho a percibir un canon por la utilización de las instalaciones, así como a explotar, durante el plazo contractual, espacios publicitarios situados en los aseos y en otros lugares públicos del territorio de la ciudad de Fráncfort.

12 El 4 de julio de 2003, el municipio de Fráncfort invitó a las empresas interesadas a que presentaran ofertas. Se adjuntaba a dicha invitación un proyecto de contrato de concesión de servicios, cuyos artículos 18, apartado 2, y 30, apartado 4, estipulaban que se autorizaría un cambio de subcontratista únicamente con el beneplácito del referido municipio.

13 Wall, FES y otras tres empresas, asimismo establecidas en Alemania presentaron ofertas.

14 De la resolución de remisión se desprende que, en el proyecto elaborado por FES respecto a su oferta, dicha empresa dio las siguientes indicaciones: «Prólogo — […] La licitación del [municipio de Fráncfort] depara a FES la posibilidad de renovar, con un socio tan competente y experimentado como [Wall], tanto el material como la red de abastecimiento de los aseos públicos, así como de presentar una refinanciación realista y responsable a los trabajadores […]. Galluswarte — [...] En concierto con las autoridades, un City-WC totalmente automatizado de [Wall] se emplazará bajo el puente del tren de cercanías [...]. Estación de Rödelheim — Habida cuenta de que en el marco de la remodelación del lugar los aseos de la estación de Rödelheim se destruirán, se emplazará un City-WC totalmente automatizado de [Wall], con arreglo a los planos

existentes [...]. Proyecto en materia de seguridad — [...] Los City-WC dispondrán de un mecanismo de autolimpieza totalmente automático. Proyecto en materia publicitaria — [...] La comercialización de los espacios publicitarios se realizará a través del socio de FES, [Wall], especialista en el sector de la publicidad, con experiencia y cuya actividad se desarrolla en todo el mundo [...]. Soportes publicitarios utilizados — Se utilizarán los productos modernos y estéticos de [Wall] [...].»

15 Wall es titular de varias patentes relativas al funcionamiento de los «City-WC».

16 El 18 de marzo de 2004, Wall fue excluida del procedimiento de adjudicación y su oferta fue rechazada.

17 El 9 de junio de 2004 se adjudicó la concesión a FES. El correspondiente contrato se otorgó entre ésta y el municipio de Fráncfort los días 20 y 22 de julio de 2004, válido hasta el 31 de diciembre de 2019 (en lo sucesivo, «contrato de concesión»). Según la resolución de remisión, los proyectos de FES resultantes de las negociaciones fueron objeto de un acuerdo integrado en dicho contrato. No obstante, en sus observaciones escritas, el municipio de Fráncfort afirma que los datos contenidos en el proyecto de FES no pasaron a integrar el contenido del contrato de concesión. Alega que sólo se incluyó la designación de Wall entre los subcontratistas de FES.

18 El examen del texto del contrato de concesión, vertido en los autos del procedimiento nacional, pone de relieve que se designó a Wall como subcontratista sin que se hicieran constar en dicho contrato otros detalles sobre sus productos o prestaciones.

19 El artículo 18, apartado 2, del contrato de concesión establece que FES debe efectuar las obras de construcción de los aseos públicos por sus propios medios y/o a través de subcontratistas, entre los que figura Wall. Dicha disposición estipula que únicamente se permitirá un cambio de subcontratista si cuenta con la autorización escrita del municipio de Fráncfort.

20 El artículo 30, apartado 4, del mismo contrato establece que Wall es el subcontratista de FES respecto a las prestaciones publicitarias a que se refiere la concesión de que se trata. A tenor de dicha disposición, sólo se permitirá un cambio de subcontratista con la autorización escrita de la ciudad de Fráncfort.

21 El 5 de enero de 2005, FES invitó a Wall a presentar una oferta para las prestaciones publicitarias que eran objeto de la concesión adjudicada a la primera. FES invitó además a la empresa Deutsche Städte Medien GmbH (en lo sucesivo, «DSM») a presentar tal oferta.

22 Mediante escrito de 15 de junio de 2005, FES pidió entonces al municipio de Fráncfort que, respecto a la utilización del material publicitario, permitiera un cambio de subcontratista en favor de DSM. El 21 de junio de 2005, dicho municipio aprobó este cambio de subcontratista.

23 FES atribuyó dichas prestaciones a DSM y, el 21 de junio de 2005, otorgó con ésta un contrato que preveía el pago, por DSM a FES, de una retribución anual de 786.206 euros.

24 El 28 de julio de 2005, FES solicitó una oferta relativa a la entrega de dos «Wall-City-WC». Wall presentó una oferta pero, el 7 de septiembre de 2005, FES le informó de que había recibido una oferta más competitiva y que, por consiguiente, no podía tomar en consideración la oferta de Wall.

25 Mediante escrito de 10 de octubre de 2005, FES solicitó al municipio de Fráncfort que aprobara un cambio de subcontratista, con arreglo al contrato de concesión, a fin de que dichos aseos públicos no fueran suministrados por Wall, sino por otras sociedades.

26 El 19 de diciembre de 2005, el municipio de Fráncfort respondió a FES que no debía examinar la cuestión relativa al cambio de subcontratista respecto a los aseos públicos, por cuanto consideraba que desde un momento señalado FES deseaba realizar las obras por sus propios medios y bajo su responsabilidad exclusiva. En esa ocasión el municipio de Fráncfort puntualizó que consideraba que se respetaban las exigencias establecidas en los documentos contractuales.

27 Wall interpuso un recurso ante el órgano jurisdiccional remitente solicitando a éste que condenara a FES a abstenerse, por una parte, de ejecutar el contrato relativo a las prestaciones publicitarias otorgado con DSM y, por otra, de celebrar con un tercero y/o de ejecutar un contrato sobre la construcción de los dos aseos públicos que debían ser reconstruidos. Wall solicitó igualmente que se condenara al municipio de Fráncfort a abstenerse de aprobar la celebración de un contrato entre FES y otra parte que no fuera ella misma sobre la construcción de los dos aseos públicos referidos. Con carácter subsidiario, Wall solicitó que se condenara a la ciudad de Fráncfort y a FES a que, con carácter solidario, le pagaran la cantidad de 1.038.682,18 euros, más intereses.

28 En estas circunstancias, el Landgericht Frankfurt am Main acordó suspender el curso de las actuaciones y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Deben interpretarse el principio de igualdad de trato y el principio de Derecho comunitario de prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad, consagrados en los artículos 12 CE, 43 CE y 49 CE, en el sentido de que las obligaciones de transparencia que de ellos se derivan para las autoridades públicas, que consisten en convocar licitaciones con un grado de publicidad adecuada para la adjudicación de las concesiones de servicios y permitir el control de la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véanse sentencias del Tribunal de Justicia de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartados 60 a 62; de 21 de julio de 2005, Coname, C-231/03, Rec. p. I-7287, apartados 17 a 22; de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 a 50; de 6 de abril de 2006, ANAV, C-410/04, Rec. p. I-3303, apartado 21, y de 13 de septiembre de 2007, Comisión/Italia, C-260/04, Rec. p. I-7083, apartado 24) exigen que el Derecho nacional conceda al licitador cuya oferta no haya sido aceptada el derecho a obtener una orden conminatoria con el fin de evitar un incumplimiento inminente de dichas obligaciones o de hacer que cese tal incumplimiento?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión prejudicial: ¿están comprendidas las obligaciones de transparencia antes citadas en el Derecho consuetudinario de las Comunidades Europeas en el sentido de que ya se aplican de forma duradera y constante, uniforme y general y son reconocidas como normas vinculantes por los sujetos de Derecho afectados?

3) En caso de que se prevea modificar un contrato de concesión de servicios —incluido cuando esa modificación se refiera a la sustitución de un subcontratista concreto, sobre el que se hizo hincapié en la licitación—, ¿exigen las obligaciones de transparencia mencionadas en la primera cuestión prejudicial convocar una nueva licitación en relación con las negociaciones relativas a tal modificación, garantizando un grado de publicidad adecuado, y, en su caso, de acuerdo con qué criterios debería realizarse tal licitación?

4) ¿Deben interpretarse los principios y las obligaciones de transparencia mencionados en la primera cuestión en el sentido de que, en caso de incumplimiento en las concesiones de servicios, debe resolverse el contrato celebrado a raíz de tal incumplimiento, cuyo objeto es establecer o modificar obligaciones de duración indeterminada?

5) ¿Deben interpretarse los principios y las obligaciones de transparencia mencionados en la primera cuestión prejudicial, en relación con el artículo 86 CE, apartado 1, y, en su caso, con el artículo 2, apartados 1, letra b), y 2, de la Directiva [80/723] y el artículo 1, apartado 9, de la Directiva [2004/18], en el sentido de que una empresa, en su condición de empresa pública o de entidad adjudicadora, está sujeta a estas obligaciones de transparencia, si

— ha sido constituida por un ente territorial para desarrollar actividades de eliminación de residuos y limpieza urbana, pero realiza asimismo su actividad en el libre mercado;

— pertenece en un 51 % a ese ente territorial, pero los acuerdos de gestión sólo pueden adoptarse con una mayoría de tres cuartos;

— el referido ente nombra únicamente a una cuarta parte de los miembros del consejo de vigilancia de la empresa, incluido el presidente de ese órgano, y

— obtiene más de la mitad de su volumen de negocios en virtud de contratos sinalagmáticos relativos a la eliminación de residuos y limpieza urbana en el territorio del citado ente, de tal forma que éste los financia mediante el cobro de impuestos municipales pagados por sus administrados?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Observación preliminar

29 El procedimiento principal se refiere a dos acontecimientos: por una parte, la decisión por la cual FES cambió de subcontratista respecto a las prestaciones publicitarias que fueron objeto de la concesión que le fue adjudicada por el municipio de Fráncfort, habiéndose celebrado el contrato en el que se estipula dicho cambio, con el beneplácito del referido municipio, el 21 de junio de 2005, y, por otra, la intención de FES de atribuir a un operador que no sea Wall la reconstrucción de dos aseos públicos. Tal intención se manifestó en un escrito de 10 de octubre de 2005 mediante el cual FES solicitó al municipio de Fráncfort que aprobara un cambio de subcontratista para la aludida prestación. Mediante escrito de 19 de diciembre de 2005 dicho municipio respondió a FES que no debía examinar la cuestión relativa al cambio de subcontratista respecto a los aseos públicos, ya que consideraba que FES deseaba desde un momento anteriormente señalado realizar las obras por sus propios medios y bajo su exclusiva responsabilidad. Se interpreta esta respuesta en la resolución de remisión en el sentido de que el municipio de Fráncfort dio su consentimiento para que se cambiara el subcontratista respecto al suministro de dos aseos públicos. Por lo que respecta a esta

interpretación, debe tomarse como fecha de referencia para el examen de la petición de decisión prejudicial el 19 de diciembre de 2005, fecha del escrito mediante el cual se considera que el municipio de Fráncfort había consentido el cambio de subcontratista solicitado por FES.

Sobre la tercera cuestión

30 Mediante su tercera cuestión, que debe examinarse en primer lugar, el órgano jurisdiccional remitente pide que se dilucide si los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, consagrados en los artículos 12 CE, 43 CE y 49 CE, así como la obligación de transparencia que de ellos se deriva, obligan, cuando se prevé modificar un contrato de concesión de servicios —incluso cuando el objeto de tal modificación es sustituir a un subcontratista concreto, sobre el que se haya hecho hincapié en la licitación—, a convocar una nueva licitación en relación con las negociaciones relativas a tal modificación, garantizando un grado de publicidad adecuada y, en su caso, de acuerdo con qué criterios debería realizarse tal licitación.

31 Dicha cuestión tiene por objeto, en primer lugar, la aplicación de las normas y principios mencionados en el apartado anterior a una situación en la que, en relación con la ejecución de un contrato de concesión de servicios, se haya previsto sustituir a un subcontratista del concesionario.

32 Teniendo en cuenta que los artículos 43 CE y 49 CE constituyen aplicaciones específicas de la prohibición general de discriminación por razón de nacionalidad consagrada en el artículo 12 CE, no es necesario, para responder a dicha cuestión, referirse a este último (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de marzo de 2001, Metallgesellschaft y otros, C-397/98 y C-410/98, Rec. p. I-1727, apartados 38 y 39, así como de 17 de enero de 2008, Lammers & Van Cleeff, C-105/07, Rec. p. I-173, apartado 14).

33 En el estado actual del Derecho de la Unión, los contratos de concesión de servicios no se rigen por ninguna de las directivas mediante las cuales el legislador de la Unión ha regulado el ámbito de los contratos públicos (véanse las sentencias Coname, antes citada, apartado 16, y de 17 de julio de 2008, ASM Brescia, C-347/06, Rec. p. I-5641, apartado 57). No obstante, las autoridades públicas que celebran tales contratos están obligadas a respetar las normas fundamentales del Tratado, en particular, los artículos 43 CE y 49 CE, así como a cumplir la obligación de transparencia que de ellos se deriva (véanse, en este sentido, las citadas sentencias Telaustria y Telefonadress, apartados 60 a 62; Coname, apartados 16 a 19, y Parking Brixen, apartados 46 a 49).

34 Dicha obligación de transparencia se aplica al supuesto en que la concesión de servicios de que se trate pueda interesar a una empresa establecida en un Estado miembro que no sea aquel en el que se adjudique esa concesión (véase, en este sentido, la sentencia Coname, antes citada, apartado 17; véanse asimismo, por analogía, las sentencias de 13 de noviembre de 2007, Comisión/Irlanda, C-507/03, Rec. p. I-9777, apartado 29, y de 21 de febrero de 2008, Comisión/Italia, C-412/04, Rec. p. I-619, apartado 66).

35 El hecho de que, en el asunto principal, la concesión de servicios pueda interesar a empresas establecidas en un Estado miembro distinto de la República Federal de Alemania resulta de la resolución de remisión en cuanto el órgano jurisdiccional nacional observa que la licitación se anunció en el diario oficial del municipio de Fráncfort «a escala de la Unión Europea» y que considera que un incumplimiento de la obligación de transparencia podría suponer una discriminación que fuera, al menos potencialmente, en detrimento de las empresas de otros Estados miembros.

36 La obligación de transparencia que recae en las autoridades públicas que celebran un contrato de concesión de servicios implica que se garantice, a favor de todo licitador potencial, un grado de publicidad adecuado que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véanse las sentencias Telaustria y Telefonadress, antes citada, apartados 60 a 62; Parking Brixen, antes citada, apartados 46 a 49, y de 6 de abril de 2006, ANAV, C-410/04, Rec. p. I-3303, apartado 21).

37 Al objeto de garantizar la transparencia de los procedimientos y la igualdad de trato de los licitadores, las modificaciones sustanciales, introducidas en las disposiciones esenciales de un contrato de concesión de servicios, podrían exigir, en determinados supuestos, la adjudicación de un nuevo contrato de concesión cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato de concesión inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato (véanse, por analogía con los contratos públicos, las sentencias de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, C-337/98, Rec. p. I-8377, apartados 44 y 46, y de 19 de junio de 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, Rec. p. I-4401, apartado 34).

38 La modificación de un contrato de concesión de servicios en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada. (véase, por analogía, la sentencia pressetext Nachrichtenagentur, antes citada, apartado 35).

39 Un cambio de subcontratista, incluso cuando la posibilidad de hacerlo se contempla en el contrato, puede, en casos excepcionales, constituir tal modificación de uno de los elementos esenciales del contrato de concesión cuando, habida cuenta de las características propias de la prestación de que se trate, el hecho de recurrir a un subcontratista en lugar de a otro haya sido un elemento determinante de la celebración del contrato, lo que, en todo caso, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar.

40 El tribunal remitente observa que, en el proyecto adjunto a la oferta que FES presentó al municipio de Fráncfort, aquélla había indicado que utilizaría los «City-WC» de Wall. Según dicho órgano jurisdiccional, es probable que, en tal caso, se atribuyera a FES la concesión debido a la identidad del subcontratante que ésta había presentado.

41 Corresponde al órgano judicial nacional determinar si se dan las situaciones descritas en los apartados 37 a 39 de la presente sentencia.

42 En el supuesto de que, a la luz de dicha apreciación, el órgano jurisdiccional remitente infiriera que se da una modificación de uno de los elementos esenciales del contrato de concesión, deberían adoptarse, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro interesado, todas las medidas necesarias para que el procedimiento volviera a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adaptados a las características de la concesión de servicios de que se trate y permitir que una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pudiera tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que ésta fuera adjudicada.

43 Por consiguiente, debe responderse a la tercera cuestión que, cuando las modificaciones introducidas en las disposiciones de un contrato de concesión de servicios tengan características sustancialmente distintas de las que justificaron la adjudicación del contrato de concesión inicial y, en consecuencia, demuestran la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato, procede adoptar, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate, todas las medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adaptados a las características de la concesión de servicios de que se trate y permitir que una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pueda tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que ésta sea adjudicada.

Sobre la quinta cuestión

44 Mediante su quinta cuestión, que debe examinarse en segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente pide esencialmente que se dilucide si, a la luz del artículo 86 CE, apartado 1, en relación, en su caso, con los artículos 2, apartados 1, letra b), y 2, de la Directiva 80/723 y 1, apartado 9, de la Directiva 2004/18, una empresa concesionaria que tenga las características de FES está vinculada por la obligación de transparencia que se deriva de los artículos 43 CE y 49 CE, así como de los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de nacionalidad, cuando celebra un contrato de servicios comprendidos en el objeto de la concesión que le ha sido adjudicada por la autoridad pública.

45 Más concretamente, el órgano jurisdiccional remitente pretende que se dilucide si el artículo 86 CE, apartado 1, es pertinente para definir el ámbito de aplicación de la referida obligación de transparencia.

46 Por lo que respecta al artículo 86 CE, apartado 1, baste recordar que esta disposición se dirige a los Estados miembros y no directamente a las empresas.

47 Para determinar si una entidad cuyas características son idénticas a las de FES puede asimilarse a una autoridad pública vinculada por la obligación de transparencia, procede inspirarse en algunos aspectos de la definición del concepto de «entidad adjudicadora» que figuran en el artículo 1, letra b), de la Directiva 92/50, relativa a los contratos públicos de servicios, en la medida en que tales aspectos responden a las exigencias impuestas por la aplicación a las concesiones de servicios de la obligación de transparencia que se deriva de los artículos 43 CE y 49 CE.

48 En efecto, dichos artículos y los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, así como la obligación de transparencia que de ellos se deriva persiguen finalidades idénticas a aquellas a las que se refiere dicha Directiva, relativas, en particular, a la libre circulación de servicios y a la licitación no falseada en los Estados miembros.

49 Teniendo en cuenta lo que precede, debe comprobarse si concurren dos requisitos, a saber, por una parte, que la empresa afectada se halla bajo el control efectivo del Estado o de una autoridad pública y, por otra, que no realiza su actividad en situación de competencia en el mercado.

50 En cuanto al primero de dichos requisitos, de la resolución de remisión se desprende que, aunque el municipio de Fráncfort es titular del 51 % del capital de FES, ello no le permite controlar efectivamente la gestión de dicha empresa. En efecto, se requiere

una mayoría de tres cuartos de los votos emitidos en la junta general para adoptar los acuerdos de ésta.

51 Además, el 49 % restante del capital de FES lo posee no una o varias autoridades públicas distintas, sino una empresa privada que, como tal, obedece a consideraciones propias de los intereses privados y persigue objetivos distintos del interés público (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 50).

52 Además, al municipio de Fráncfort le corresponde únicamente un cuarto de los votos que se emiten en el consejo de vigilancia de FES. El hecho de que el referido municipio tenga derecho a proponer un candidato para el puesto de presidente del consejo de vigilancia de la referida empresa, cuyo voto tiene carácter dirimente en caso de empate, no basta para permitirle ejercer una influencia determinante sobre FES.

53 En tales circunstancias, no concurre el requisito relativo al control efectivo por el Estado o por otra autoridad pública.

54 En cuanto al segundo requisito mencionado en el apartado 49 de la presente sentencia, el órgano jurisdiccional remitente señala que más de la mitad del volumen de negocios de FES procede de contratos sinalagmáticos relativos a la eliminación de residuos y a la limpieza urbana en el territorio de la ciudad de Fráncfort.

55 Tal relación debe compararse a la existente en los vínculos comerciales normales, que se desarrollan en el marco de contratos de carácter sinalagmático libremente negociados entre las partes (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de octubre de 2000, University of Cambridge, C-380/98, Rec. p. I-8035, apartado 25).

56 Por otra parte, puede deducirse de la resolución de remisión que FES desarrolla sus actividades en situación de competencia en el mercado, como resulta, por una parte, del hecho de que obtiene una parte importante de sus ingresos mediante actividades con autoridades públicas que no son el municipio de Fráncfort y con empresas privadas activas en el mercado y, por otra, de la circunstancia de que tuvo que participar en una licitación con otras empresas para obtener la concesión de que se trata en el procedimiento principal.

57 En tales circunstancias, tampoco concurre el segundo requisito necesario para la asimilación de una empresa a una autoridad pública.

58 El órgano jurisdiccional remitente plantea asimismo un interrogante al Tribunal de Justicia sobre la posible aplicabilidad de la Directiva 80/723.

59 En la medida en que se refiere a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, dicha Directiva no es aplicable como tal a la materia a que alude la quinta cuestión.

60 Por consiguiente, procede responder a la quinta cuestión que cuando una empresa concesionaria celebra un contrato de servicios que está incluido en el objeto de la concesión que le ha atribuido un ente territorial, la obligación de transparencia que se deriva de los artículos 43 CE y 49 CE, así como de los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad no se aplica si la empresa:

— ha sido constituida por dicho ente territorial para desarrollar actividades de eliminación de residuos y limpieza urbana, pero que igualmente desarrolla su actividad en el mercado;

— pertenece en un 51 % a dicho ente territorial, pero que, no obstante, los acuerdos de gestión sólo pueden adoptarse con una mayoría de tres cuartos de los votos emitidos en la junta general de esa empresa;

— únicamente una cuarta parte de los miembros del consejo de vigilancia, incluido el presidente de éste es nombrado por dicho ente territorial, y

— obtiene más de la mitad de su volumen de negocios en virtud de contratos sinalagmáticos relativos a la eliminación de residuos y limpieza urbana en el territorio del citado ente territorial, de tal forma que éste los financia mediante el cobro de impuestos municipales pagados por sus administrados.

Sobre las cuestiones primera, segunda y cuarta

61 Mediante sus cuestiones primera, segunda y cuarta, que deben examinarse conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pide esencialmente que se dilucide si los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, consagrados en los artículos 43 CE y 49 CE, así como la obligación de transparencia que de ellos se deriva, obligan, por una parte, a las autoridades nacionales a resolver un contrato celebrado en infracción de dicha obligación de transparencia y, por otra, a los tribunales nacionales a reconocer al licitador cuya oferta no hubiera sido seleccionada el derecho a obtener una orden conminatoria al objeto de evitar un incumplimiento inminente o de hacer cesar un incumplimiento ya cometido de dicha obligación. El tribunal nacional pregunta asimismo si puede considerarse que tal obligación está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho consuetudinario de la Unión Europea.

62 Como se ha señalado en el apartado 33 de la presente sentencia, los contratos de concesión de servicios no se rigen, en el estado actual del Derecho de la Unión, por ninguna de las directivas que regulan el ámbito de los contratos públicos.

63 Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ante la inexistencia de una normativa de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro regular los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión concede a los justiciables (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de marzo de 2007, Unibet, C-432/05, Rec. p. I-2271, apartado 39 y la jurisprudencia citada).

64 Tales recursos no deben ser menos favorables que los recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni deben hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad) (véase, en este sentido, la sentencia Unibet, antes citada, apartado 43 y la jurisprudencia allí citada).

65 De ello se deduce que los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, consagrados en los artículos 43 CE y 49 CE, y la obligación de transparencia que de ellos se deriva no obligan a las autoridades nacionales a establecer la resolución de un contrato ni a los tribunales nacionales a conceder una orden conminatoria cada vez que tenga lugar un supuesto incumplimiento de dicha obligación en la adjudicación de concesiones de servicios. Corresponde al ordenamiento jurídico interno regular los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que se derivan para los justiciables de dicha obligación, de tal manera que tales recursos no sean menos favorables que los recursos semejantes de carácter interno ni hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de tales derechos.

66 El órgano jurisdiccional remitente plantea, por último, otra cuestión. Según dicho tribunal, un desarrollo meramente jurisprudencial del Derecho no puede constituir una ley de protección en la que se base una responsabilidad en virtud del Código civil alemán. Afirma que únicamente el Derecho consuetudinario constituye una regla de Derecho en el sentido de dicho código. Remitiéndose a la jurisprudencia del Bundesverfassungsgericht (Tribunal constitucional federal alemán), dicho órgano jurisdiccional afirma que el reconocimiento del Derecho consuetudinario supone un uso prolongado, duradero y constante, igual y general, así como su aceptación como regla vinculante por los sujetos de Derecho interesados.

67 No obstante, para el órgano jurisdiccional nacional, la obligación de transparencia recogida en las sentencias del Tribunal de Justicia es tan reciente que no puede considerarse que tenga carácter de Derecho consuetudinario, tal como es definido en el apartado anterior.

68 A este respecto, procede señalar que la obligación de transparencia se deriva del Derecho de la Unión y, en particular, de los artículos 43 CE y 49 CE (véase, en este sentido, la sentencia Coname, antes citada, apartados 17 a 19). Tales disposiciones, cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia, son de efecto directo en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros y prevalecen sobre toda disposición contraria del Derecho nacional.

69 En virtud, en particular, del artículo 4 TUE, apartado 3, corresponde a todas las autoridades de los Estados miembros garantizar el respeto de las normas jurídicas de la Unión en el ejercicio de sus competencias (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de febrero de 2008, Kempter, C-2/06, Rec. p. I-411, apartado 34 y la jurisprudencia allí citada).

70 Corresponde al órgano jurisdiccional nacional dar a la ley interna que debe aplicar, en la mayor medida posible, una interpretación conforme con las exigencias del Derecho de la Unión que permita, en particular, garantizar la observancia de la obligación de transparencia (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de febrero de 2003, Santex, C-327/00, Rec. p. I-1877, apartado 63 y la jurisprudencia allí citada).

71 Teniendo en cuenta cuanto antecede, procede responder a las cuestiones primera, segunda y cuarta que los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, consagrados en los artículos 43 CE y 49 CE, así como la obligación de transparencia que de ellos se deriva no obligan a las autoridades nacionales a resolver un contrato ni a los tribunales nacionales a conceder una orden conminatoria cada vez que tenga lugar un supuesto incumplimiento de dicha obligación en la adjudicación de concesiones de servicios. Corresponde al ordenamiento jurídico interno regular los recursos que tienen por objeto garantizar la salvaguardia de los derechos que se derivan para los justiciables de dicha obligación, de tal manera que tales recursos no resulten menos favorables que los recursos semejantes de orden interno ni hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de tales derechos. La obligación de transparencia se deriva directamente de los artículos 43 CE y 49 CE, los cuales tienen efecto directo en los ordenamientos jurídicos

internos de los Estados miembros y prevalecen sobre toda disposición en contrario de los Derechos nacionales.

Costas

72 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. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) Cuando las modificaciones introducidas en las disposiciones de un contrato de concesión de servicios tengan características sustancialmente distintas de las que justificaron la adjudicación del contrato de concesión inicial y, en consecuencia, demuestran la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato, procede adoptar, con arreglo al ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate, todas las medidas necesarias para que el procedimiento vuelva a estar impregnado de transparencia, incluido un nuevo procedimiento de adjudicación. En su caso, el nuevo procedimiento de adjudicación debería organizarse según criterios adaptados a las características de la concesión de servicios de que se trate y permitir que una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro pueda tener acceso a la información adecuada relativa a esa concesión antes de que ésta sea adjudicada.

2) Cuando una empresa concesionaria celebra un contrato de servicios que está incluido en el objeto de la concesión que le ha atribuido un ente territorial, la obligación de transparencia que se deriva de los artículos 43 CE y 49 CE, así

como de los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad no se aplica si la empresa:

— **ha sido constituida por dicho ente territorial para desarrollar actividades de eliminación de residuos y limpieza urbana, pero que igualmente desarrolla su actividad en el mercado;**

— **pertenece en un 51 % a dicho ente territorial, pero que, no obstante, los acuerdos de gestión sólo pueden adoptarse con una mayoría de tres cuartos de los votos emitidos en la junta general de esa empresa;**

— **únicamente una cuarta parte de los miembros del consejo de vigilancia, incluido el presidente de éste es nombrado por dicho ente territorial, y**

— **obtiene más de la mitad de su volumen de negocios en virtud de contratos sinalagmáticos relativos a la eliminación de residuos y limpieza urbana en el territorio del citado ente territorial, de tal forma que éste los financia mediante el cobro de impuestos municipales pagados por sus administrados.**

3) **Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, consagrados en los artículos 43 CE y 49 CE, así como la obligación de transparencia que de ellos se deriva no obligan a las autoridades nacionales a rescindir un contrato ni a los tribunales nacionales a conceder una orden conminatoria cada vez que tenga lugar un supuesto incumplimiento de dicha obligación en la adjudicación de concesiones de servicios. Corresponde al ordenamiento jurídico interno regular los recursos que tienen por objeto garantizar la salvaguardia de los derechos que se derivan para los justiciables de dicha obligación, de tal manera que tales recursos no resulten menos favorables que los recursos semejantes de orden interno ni hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de tales derechos.**

La obligación de transparencia se deriva directamente de los artículos 43 CE y 49 CE, los cuales tienen efecto directo en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros y prevalecen sobre toda disposición en contrario de los Derechos nacionales.

Firmas